Prof. ALFREDO ROCCO

STUDI SULLA STORIA DEL FALLIMENTO

I.
IL DIRITTO ROMANO

Estratto dalla RIVISTA DEL DIRITTO COMMERCIALE
Anno XI - N.° 10 - Parte I

CASA EDITRICE
DOTT. FRANCESCO VALLARDI
MILANO
1913

Prof. ALFREDO ROCCO

STUDI SULLA STORIA DEL FALLIMENTO

I.
IL DIRITTO ROMANO

Estratto dalla RIVISTA DEL DIRITTO COMMERCIALE
Anno XI - N.° 10 - Parte 1

CASA EDITRICE
DOTT. FRANCESCO VALLARDI
MILANO
1913

è rimessa alla forza privata dell'individuo o del gruppo (1). In tali condizioni, l'inadempimento del debitore doveva essere considerato anzitutto come una violazione della fede promessa, e perciò come un'offesa da punirsi sulla persona dell'offensore. La reazione del creditore, pertanto, non mirava punto ad ottenere il soddisfacimento sui beni, che, in un'èra di proprietà collettiva, il debitore non possedeva, mirava invece a trarre vendetta dell'offesa e a provocare, possibilmente, l'intervento del gruppo, che, legato al debitore da stretti vincoli di parentela reale o fittizia, aveva interesse a sottrarlo alla vendetta, soddisfacendo il creditore. Di qui il duplice carattere, *privato* e *penale*, dell'antichissima esecuzione per debiti.

Il qual carattere non venne completamente meno, come è naturale, neppur quando cominciarono a modificarsi le condizioni sociali, che lo avevano determinato. Indebolitasi la organizzazione gentilizia, aumentata di importanza e di estensione la proprietà individuale, affermatasi l'autorità dello Stato, e quindi sottoposto a controllo l'esercizio della difesa privata, nuovi elementi sorsero a modificare la condizione del debitore e del creditore in caso di inadempimento. L'auto-difesa del creditore fu regolata; la reazione contro l'inadempimento perdette il carattere esclusivamente o quasi esclusivamente penale, ed ebbe anche lo scopo di indurre il debitore, che oramai lo poteva, a pagare. Ma le basi del sistema non furono mutate, e l'esecuzione rimase una esecuzione prevalentemente *privata*, avente per oggetto la *persona* del debitore, e di carattere misto, *penale* e *processuale*.

2. Tale appunto il sistema della legge delle XII tavole (2). Per intendere pienamente il quale non bisogna dimenticare che esso rappresenta il diritto di una società ancora poco progredita, ed è il risultato di una tradizione giuridica, che ci riporta ad una organizzazione sociale anche più primitiva. L'inadempimento del debitore, quando il credito risultasse o da sentenza o da confessione, dava luogo alla *manus iniectio*. Trascorso un termine di trenta giorni, il creditore eseguiva la *manus iniectio* pronunciando una formula sacramentale riferita da Gaio, e ponendo la mano addosso al debitore: quindi lo conduceva davanti al magistrato.

Allora, a meno che il debitore non pagasse, o che si presentasse un *vindex* a pagare per lui o ad assumere la sua difesa, il creditore poteva senz'altro condurlo con sè, tenerlo prigioniero, e legarlo con corregge o con catene di un peso non maggiore (o non minore?) di quindici libbre; aveva l'obbligo di somministrargli il cibo nella misura di una libbra almeno di farina al giorno, salvo che il debitore incarcerato non preferisse provvedere del suo al proprio sostentamento. Questa prigionia durava sessanta giorni, durante i quali poteva ancora aver luogo un accomodamento; nel frattempo per tre giorni di mercato il debitore doveva esser condotto

(1) Cfr. Scialoia, *Esercizio e difesa dei diritti. Procedura civile romana.* Corso di lezioni raccolte da Mapei e Nannini, Roma, 1894, pag. 72 e segg. V. anche Windscheid, *Pand.*, I, § 123.

(2) Tab. III (Secondo la ricostruzione del Bruns, *Fontes juris romani antiqui*, 7.ª ed. Leipzig, 1909).

al comizio, davanti al pretore, dove si annunciava pubblicamente l'ammontare del debito. Passato inutilmente anche questo termine, dopo il terzo giorno di mercato, il debitore poteva essere messo a morte o venduto dal creditore come schiavo all'estero. Se più erano i creditori, il diritto di mettere a morte il debitore apparteneva a tutti, e il corpo di lui poteva essere tagliato a pezzi e diviso (1).

Si tratta, come si vede, di una procedura *sostanzialmente* privata. Siamo ancora in regime di auto-difesa, per quanto regolata e controllata. Se pure, come si vuole da taluni (2), la consegna al debitore non potesse avvenire che in seguito a una formale *addictio* del pretore, certo è che l'ingerenza dell'autorità pubblica andava ancora poco più in là di un controllo quasi puramente passivo. E, se si consideri che per un'intera categoria di debitori, i *nexi*, soggetti alla *manus iniectio* del creditore senza alcuna forma di procedimento giudiziale, l'ingerenza della autorità pubblica era probabilmente nulla (3), deve concludersi che siamo ancora ben lontani dall'aver sorpassato lo stadio della realizzazione del diritto per autorità privata.

(1) Su questa procedura v. da ultimo Kleinedam, *Die Personalexecution der Zwölftafeln,* Breslau, 1904, pag. 130 e segg.

(2) Bethmann-Hollweg, *Der Civilprozess des gemeinen Rechts,* Erster Band, *Der römische Civilprozess,* I, *Legislactiones,* Bonn, 1864, pag. 198, testo e nota 19; Karlowa, *Der römische Civilprozess zur Zeit der Legislactionen,* Berlin, 1872, pag. 158; Wach su Keller, *Der römische Civilprozess und die Aktionen,* sechste Aufl. bearbeitet von Wach, Leipzig, 1883, pag. 427, nota 1018; 429, nota 1024 *a*; Horten, *Die Personalexecution in Geschichte und Dogma,* Wien, 1893-96, I, pag. 14; Mitteis, nella « Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte », XX, pag. 108; Kleinedam, *Die Personalexecution,* pag. 213 e segg. Negano invece la necessità del l'*addictio*: Huschke, *Ueber das Recht des Nexum und das alte römische Schuldrecht,* Leipzig, 1846, pag. 79; Ihering, *Geist des römischen Rechts,* I, pag. 152; Keller, *Civilprozess,* pag. 427; Rudorff, *Römische Rechtsgeschichte,* II, pag. 293.

(3) Secondo l'opinione che oggi sembra prevalere, il *nexum*, considerato come contratto (sulle diverse accezioni della parola « nexum », v. Schlossmann, *Altrömisches Schuldrecht und Schuldverfahren,* Leipzig, 1904, pag. 24 e segg.; Kleinedam, *Die Personalexecution,* pag. 40 e segg.), era una specie di auto-mancipazione del debitore, probabilmente una auto-mancipazione fiduciaria (Schlossmann, pag. 43 e segg.), con la quale il debitore assoggettava la propria persona al creditore per l'ipotesi di inadempimento. In questo senso già l'opinione dominante nella prima metà del secolo XIX, sull'autorità del Niebuhr (v. autori citati in Tambour, *Des voies d'exécutions sur les biens du débiteur,* Paris, 1856, I, pag. 8 e in Costa, *Corso di storia del dir. romano,* Bologna, 1903, pag. 213, nota 5) abbandonata dopo il libro dell'Huschke, *Ueber das Recht des Nexum,* Leipzig, 1846. Ma specialmente lo studio comparativo dei diritti dei popoli primitivi ha confermato l'ipotesi del Niehbur, e dimostrato come la forma primitiva di obbligazione doveva importare un assoggettamento della persona del debitore al creditore: v. in questo senso principalmente Mitteis, *Ueber das Nexum,* nella « Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte », XXII (1901), pag. 96 e segg.; XXV (1904), pag. 282 e segg.; Schlossmann, *Altrömisches Schuldrecht,* pag. 24 e segg.; Huvelin, voce *Nexum*, nel « Dictionnaire des antiquités grècques et romaines » di Daremberg et Saglio. Il *nexum* era

Ma anche sotto un altro punto di vista, la *manus iniectio* porta le traccie di idee e di istituti antichissimi. Evidente è infatti, in essa, il carattere *penale*. La sorte atroce riservata al debitore insolvente ha in sè tutti i caratteri della pena: soddisfazione data all'offeso, intimidazione generale derivante dal male inflitto al colpevole. AULO GELLIO, nel descriverci il procedimento della *manus iniectio*, lo conferma espressamente: « sed eam capitis poenam sanciendae, sicut dixi, fidei gratia horrificam atrocitatis ostentu novisque terroribus metuendam reddiderunt » (1). Questo carattere di vendetta e di pena spiega tutto ciò che vi è di strano e di repugnante nella *manus iniectio*, come procedimento esecutivo, in ispecie la divisione del corpo fra i creditori che, per quanto presto caduta in desuetudine, rispondeva perfettamente al concetto di una maggior pena inflitta a colui, che aveva offeso e danneggiato più persone, e alla necessità di dare a tutte soddisfazione pel danno patito (2).

Accanto al carattere penale si deve però riconoscere alla *manus iniectio* anche quello di un vero procedimento esecutivo, intendendo con questa espressione un procedimento rivolto a ottenere la realizzazione del diritto. Gli stessi rigori usati contro la persona del debitore, la pri-

---

dunque, ben più che un contratto solenne di prestito, avente forza di titolo esecutivo e conducente alla *manus iniectio* al pari del giudicato, come vuole l'HUSCHKE e una dottrina ancora molto diffusa (v. in questo senso da ultimo GIRARD, *Droit romain* trad. LONGO, pag. 490 e segg.). Probabilmente il *nexum* importava l'assoggettamento del debitore o più spesso di una terza persona della sua famiglia (*obligatus*) che era per lo più un figlio, il quale veniva così dato come in ostaggio al creditore. V. BONFANTE, *Ist.*, 4.ª ed., §§ 153 e 117; MARCHI, *Il concetto dell'obbligazione romana*, Roma, 1912, *passim*.

(1) Cfr. TAMBOUR, *Des voies d'exécution*, I, pag. 15; IHERING, *Geist.* trad. MEULENAERE, I, pag. 152 e segg.; SCIALOJA, *Proc. civile romana*, pag. 302; KARLOWA, *Der römische Civilprozess zur Zeit der Legislactionen*, pag. 160; SOHM, *Institutionen*, 8ª e 9ª ed., Leipzig, 1899, pag. 280; FLEISCHMANN, *Das pignus in causa iudicati captum*, Breslau, 1896, pag. 3. Il carattere penale della *manus iniectio* risulta anche dal perfetto parallelismo di questa procedura con quella per il *furtum manifestum*: GAIO, III, 189: « Poena manifesti furti ex lege VII tab. capitalis erat. Nam liber verberatus addicebatur ei cui furtum fecerat: utrum autem servus efficeretur ex addictione, an ad iudicati loci constitueretur, veteres quaerebant ». V. SCHULIN, *Lehrbuch der Geschichte der römischen Rechts*, pag. 533: « Die legis actio per manus iniectionem ist ein Analogon zu dem Verfahren gegen den fur manifestus; ja dieses darf vielleicht geradezu als ihn Vorbild bezeichnet werden ».

(2) Sui vari tentativi di interpretazione della regola « in partes secanto » v. KLEINEDAM, *Die Personalexecution der Zwölftafeln*, pag. 235 e segg. Ma che la frase si riferisca effettivamente alla divisione del corpo non è più da mettersi in dubbio, dopo la scoperta dei Frammenti di Autun che, nel Commento a GAIO, IV, 81-85, accennando alla *noxae deditio* del cadavere, confermano che ancora nel diritto classico il cadavere dell' offensore era oggetto della vendetta dell' offeso. V. SCIALOIA, *Bull. Ist. di dir. rom.*, XIII (1900), pag. 72 e segg.; BUONAMICI, *Bull.*, XIII, pag. 794 e seguente; RICCOBONO e BAVIERA, *Fontes*, pag. 29, nota 5 B. V. già in questo senso, fra gli altri KOHLER, *Shakespeare vor dem forum d. Iuriprudenz*. Würzburg, 1884, pag. 8.

gionia, le catene, la vendita come schiavo, la morte, mentre costituivano da un lato una pena per la violata promessa, erano d'altro canto, come realtà e come minaccia, un formidabile mezzo di pressione sulla volontà, particolarmente adatto a funzionare come *mezzo esecutivo*. La *manus iniectio* non ha ancora perduto il suo primitivo carattere di pena privata, ma ha acquistato anche il valore e la funzione di un mezzo esecutivo, che mira a ottenere il soddisfacimento operando sulla volontà dell'obbligato perchè paghi, e dei terzi interessati alla sorte del debitore, perchè intervengano a pagare per lui. Questo carattere di mezzo esecutivo risulta invero, e chiarissimo, da due ordini di considerazioni. Anzitutto dalle stesse fasi e forme del procedimento, in cui la divisione in stadî, ciascuno comprendente un lasso di tempo abbastanza lungo (trenta giorni prima della *manus iniectio;* sessanta giorni dalla *manus iniectio* all'uccisione o alla vendita) aveva appunto per iscopo di dar tempo al debitore di raccogliere le sue risorse, di far appello alla pietà dei parenti, e anche di riflettere se gli convenisse di recedere dalla sua ostinazione, quando l'inadempienza fosse dovuta principalmente a mala voglia o a tentativi di frode: mentre, d'altro canto, la larga pubblicità ottenuta con la presentazione al comizio nei giorni di mercato, era rivolta a provocare l'intervento dei parenti e degli amici. Ma una nuova prova che la *manus iniectio* sia da considerare anche, anzi principalmente, un mezzo di coazione della volontà, si ha nel fatto che la *manus iniectio iudicati* è una applicazione particolare di una figura giuridica più generale, che chiameremo *manus iniectio* semplicemente. La *manus iniectio* è, in questo primo periodo del diritto romano, *un mezzo generale di coazione della volontà,* che trova applicazione nella *manus iniectio iudicati* della tavola III, nella *manus iniectio* diretta a vincere l'ostinazione del debitore contumace della tavola I, nelle varie ipotesi di *manus iniectio pura*, enumerate da Gaio. In tutti questi casi vi è una volontà recalcitrante da piegare, e i mezzi adoperati per vincerla sono analoghi, se non identici (1).

In questo sistema, l'obbligazione appare come un vincolo *strettamente* ed *unicamente* personale: l'obbligazione è, ad un tempo, un diritto *verso* il debitore e *sul* debitore. Questo carattere è più evidente nel *nexum,* in cui il diritto *sulla* persona (sia del debitore, sia fors'anche di un membro della famiglia del debitore, dato in ostaggio o pegno), può essere esercitato stragiudizialmente, senza ingerenza delle autorità: ma deve riconoscersi anche nelle forme più recenti di obbligazione, in cui il po-

(1) Troviamo indicate dalle fonti non meno di quattro specie di *manus iniectio: a) manus iniectio* diretta a ottenere la comparizione del contumace: Tab. 1. 1. *Si in ius vocat[ito]. Ni it, antestamino; igitur em capito.* 2. *Si calvitur pedemve struit, manum endo iacito; b)* la *manus iniectio iudicati*: Gaio, IV, 21; *c)* la *manus iniectio pro iudicato:* Gaio, IV, 22; *d)* la *manus iniectio pura;* Gaio, IV, 23. Sulle varie specie di *manus iniectio* v. Keller-Wach, *Der röm. Civilpr.*, pag. 96 e seguente, 228 e segg.; Bethmann-Holweg, *Röm. Civilpr.*, I, pagg. 106, 155 e segg.; Scialoia, *Proc. civ. rom.*, pag. 149 e segg.; Girard, *Man. elem.*, pag. 100 e segg.; Schlossmann, *Altrömisches Schuldrecht*, pag. 140-142, 149-156, 174-190.

tere sulla persona si esercita sotto il controllo del magistrato. Se l'esecuzione patrimoniale del diritto moderno, che è essenzialmente pubblica, presuppone, come si è veduto altrove, un preesistente diritto del creditore sul patrimonio, *a fortiori* l'esecuzione privata sulla persona, importa un preesistente diritto del creditore sulla persona: si tratta, naturalmente, di un potere condizionato all'inadempimento, e che non può esercitarsi, se non dopo intervenuto l'inadempimento.

Che questo potere sulla persona importasse anche un potere sui beni, è, in genere, da escludersi, perchè, anche dopo la *manus iniectio*, il debitore rimaneva proprietario dei suoi beni, come si desume dalla disposizione delle XII tavole, per cui il debitore incarcerato può, se crede, procurarsi *del suo* i cibi, nonchè transigere coi suoi creditori, e come prova tutto l' andamento della procedura, scopo precipuo della quale è quello di vincere l'ostinazione del debitore ed indurlo a pagare (1).

Solo eccezionalmente, come ci attesta GAIO, e probabilmente in epoca posteriore, fu introdotta una procedura patrimoniale; la *pignoris capio* (2). Per taluni crediti singolarmente enumerati, e aventi tutti, qual più qual meno, un carattere pubblico o sacrale, era concesso al creditore di realizzare il suo credito mediante apprensione di una cosa del debitore (*pignoris capio*). Ma tale apprensione (3), al contrario di ciò che le idee

(1) La dottrina romanistica, specie la più antica, si è spesso sforzata di trovare nella esecuzione personale del primo periodo gli elementi di esecuzione sul patrimonio e di una esecuzione, come l' odierna, diretta al soddisfacimento. Si disse così che i beni, come un accessorio della persona, venivano a cadere in potestà del creditore, il quale poteva così su di essi soddisfarsi (HUSCHKE, *Nexum,* pag. 81; BETHMANN-HOLLWEG, *Röm Civilpr.,* I, pag. 199, II, pag. 668; GUGINO, *Trattato storico della proced. civ. rom.,* Palermo, 1873, pag. 292). Si disse anche che con la vendita *trans Tiberim,* i beni del debitore divenuti vacanti, potevano essere occupati dal creditore, per soddisfarsi (TAMBOUR, *Des voies d'exécution,* I, pag. 29). Si disse infine, con maggiore verosimiglianza storica, che la vendita del debitore poteva indirettamente procurare il soddisfacimento sul patrimonio, in quanto il valore dei beni appartenenti al debitore doveva essere compreso nel prezzo della vendita (GARRAUD, *De la déconfiture et des améliorations dont la législation sur cette matière est susceptible,* Paris, 1880, pag 16; THALLER, *Des faillites en droit comparé,* Paris, 1887, pag. 22). Ma in verità tutti questi tentativi hanno torto di considerare la primitiva esecuzione romana da un punto di vista moderno, e quindi inesatto. L'esecuzione fu in questo periodo (come anche nel periodo susseguente) esclusivamente diretta a costringere la volontà del debitore e il costringimento effettuato con mezzi così energici da rendere addirittura superfluo il soddisfacimento per equivalente sul patrimonio. E veramente non par concepibile un debitore così ostinato che, potendo pagare, preferisca farsi mettere a morte o vendere come schiavo, col risultato di perdere ugualmente il suo patrimonio.

(2) GAIO, IV, 26–30. V. anche il S. C. *de pago Montano* (BRUNS, *Fontes,* pagina 181; RICCOBONO e BAVIERA, *Fontes,* I, pag. 220–221).

(3) Cfr. su ciò GAIO, IV, 32, dove si parla del riscatto del pegno in caso di *pignoris capio:* « item in ea forma, quae publicano proponitur, talis fictio est, ut quanta pecunia olim, si pignus captum esset, id pignus is aquo captum erat luere deberet tantam pecuniam condemnetur ». V. del resto SCIALOIA, *Proc. civ. rom.,* pag. 155.

moderne condurrebbero troppo facilmente ad ammettere, non aveva punto per iscopo il soddisfacimento del creditore *sulla cosa*, ma costituiva semplicemente un particolare *mezzo di coazione della volontà*. Si poneva mano sulla cosa del debitore, per vincerne l'ostinazione e costringerlo a soddisfare il suo debito. La *pignoris capio* di questo periodo attribuiva perciò al creditore il diritto di impossessarsi della cosa, di trattenerla e anche di distruggerla, non già quello di venderla per soddisfarsi sul prezzo.

3. Il sistema della legge delle XII tavole, tutto pieno di concetti appartenenti ad un'epoca primitiva, non poteva durare a lungo. Ben presto della esecuzione personale delle XII tavole due concetti divennero ripugnanti al più raffinato sentimento giuridico dei romani: il carattere *penale*, per cui il debitore era colpito al di là del necessario per lo scopo meramente esecutivo, e il carattere *essenzialmente privato*, che rendeva possibili tutte le esorbitanze di una auto-difesa, il cui esercizio, nella maggiore parte dei casi, era rimesso completamente all'arbitrio del creditore. La reazione della plebe oberata di debiti e posta alla mercè dei patrizi creditori, l'interesse dello Stato ad affermare la sua autorità e a limitare la difesa privata, concorsero a determinare una serie di riforme, di cui la più importante e significativa è certo quella operata con una *lex Poetelia* del 428 o del 441 di Roma (1). Questa legge ebbe appunto il doppio scopo di togliere al procedimento ogni carattere penale, mitigando le conseguenze troppo esorbitanti della *manus iniectio*, e di limitare il carattere privato della procedura, accrescendo l'ingerenza del magistrato. Di qui due ordini di provvedimenti. In primo luogo l'abolizione della facoltà di mettere a morte il debitore insolvente, di venderlo come schiavo, di caricarlo di catene. In secondo luogo il divieto di procedere alla *manus iniectio* contro il debitore non *confessus* nè *iudicatus*, e di procedervi senza l'intervento del magistrato, anche nel caso che il debitore si fosse obbligato nelle forme solenni del *nexum* (2). Ciò non significa, come pur si è affermato da qualche scrittore (3), che la *lex*

(1) Sulla data della *lex Poetelia* v. da ultimo Girard, *Man. elem.*, pag. 496 testo e nota 3.

(2) T. Livio, VIII, 28: « Iussique consules ferre ad popolum, ne quis, nisi qui noxam meruisset, donec poenam lueret, in compedibus aut in nervo teneretur; pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esset. Ita nexi soluti, cautumque in posterum, ne necteretur ». Varrone, d. l. l. VII, 5, § 105 « Liber, qui suas operas in servitutem pro pecunia quam debebat, dum solveret, nexus vocatur, ut ab aere oboeratus. Hoc C. Poetelio Libone Visolo dictatore sublatum ne fieret: et omnes, qui bonam copiam iurarunt, ne essent nexi, dissoluti ». Cicerone, *de rep.*, II, 34 « omnia nexa civium liberata, nectierque postea desitum ».

(3) Cfr. Zimmern, *Traité des actions*, trad. Etienne, Paris, 1846, pag. 136, nota 6; Keller-Wach, *Röm. Civilpr.*, pag. 430 testo e nota 1028; Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilpr.*, II, pag. 661-662; Gugino, *Proc. cit. rom.*, pag. 299; Tambour, *Voies d'exécution*, I, pag. 31; Vainberg, *La faillite d'après le droit romain*, Paris, 1874, pag. 89; Garraud, *Déconfiture*, pag. 14; Thaller, *Des faillites en droit comparé*, I, pag. 27; Scialoia, *Proc. civ. rom.*, pag. 303; Girard, *Man. elem.*, pagina 1060.

Poetelia abbia abolito l'esecuzione personale: numerose testimonianze provano la persistenza dell'esecuzione sulla persona in epoca molto posteriore e anche al tempo della giurisprudenza classica; l'esecuzione personale invero rimase, ma oramai senza il prevalente carattere penale, nella sola veste di *mezzo di coazione* della volontà, allo scopo del soddisfacimento. Ma neppure è vero che, con la riforma della *lex Poetelia*, si sia abolito il *nexum*: la legge volle soltanto, e in ciò convergeva l'interesse del debitore e un alto interesse pubblico, abolire la facoltà che prima spettava ai creditori, di impossessarsi dei debitori in forza del *nexum*, senza alcun controllo e alcuna ingerenza dello Stato; al più può ammettersi che essa abbia abolito il *nexum* in quella parte in cui significava servaggio *immediato* dell'ostaggio dato in garanzia del debito; ma, in sostanza, certo è che la legge volle estendere anche al caso del *nexum* la limitazione e il controllo dell'auto-difesa. Ciò che prima era esercizio immediato e incontrollato di un diritto, diventa ora una forma di esecuzione, sia pure ancora prevalentemente privata (1). Che questa limitazione facesse cadere in desuetudine il *nexum*, è certo, e così doveva essere, quando si pensi che oramai ad esso non era più collegato alcuno di quei vantaggi, che facevano preferire ai creditori questa forma antichissima e complicata di obbligarsi a quelle più semplici del diritto posteriore (2).

4. Accanto all'esecuzione personale si sviluppò nel periodo della procedura formulare, l'esecuzione patrimoniale. Si è, in genere, d'accordo nell'attribuirne l'origine a un pretore, P. Rutilio Rufo (a. 636 di Roma?) (3), e nel ricollegarla alla procedura adottata dallo Stato contro i

(1) Si dice da molti, che la *lex Poetelia* abbia tolto al *nexum* la forza esecutiva: Huschke, *Nexum*, pag. 129 e segg.; Bethmann-Hollweg, *Civilpr.*, pag. 164 a 200; Costa, *Storia del dir rom.*, II, pag. 214-215; Girard, *Man. elem.*, pag. 496. Ciò in relazione alla dottrina che fa del *nexum* un contratto di mutuo avente forza esecutiva. Per chi concepisce il *nexum* come una specie di pegno della propria persona o di persone della propria famiglia, il risultato non è sostanzialmente diverso: la legge Poetelia deve aver vietato, non tanto lo stesso contratto (di cui abbiamo traccie anche in epoca posteriore, v. Gaio, III, 173), quanto l'esercizio dei diritti che ne derivavano per via privata, invece che per via giudiziaria e ad ogni modo certamente il pegno sulla persona dell'*obligatus*.

(2) Girard, *Man. elem.*, pag. 497.

(3) Gaio, IV, 35 « quae species actionis appellatur Rutiliana, quia a Praetore P. Rutilio, qui et bonorum venditionem introduxisse dicitur, comparata est ». Non manca tuttavia chi pretenda far risalire l'origine della procedura patrimoniale fino alla *lex Poetelia*, ricollegandola al passo di Varrone in cui è detto « omnes, qui bonam copiam iurarunt, ne essent nexi, dissoluti » e alla affermazione di Livio « pecuniae creditae, bona debitoris, non corpus obnoxium » v. tra gli altri: Bethmann-Hollweg, *Civilpr.*, II, pag. 666-668; Vainberg, *Faill.*, pag. 98-99; Thaller, *Faill.*, I, pag. 27-28. In verità l'affermazione di Livio deve riferirsi piuttosto ad una disposizione transitoria della *lex Poetelia*, per cui liberandosi i *nexi*, si sostituì il pegno dei beni al pegno della persona; e il « bonam copiam iurare » (secondo altri « bonam copiam eiurare » che varrebbe precisamente l'opposto) non significa forse, come si crede generalmente, affermare con giuramento la propria solvenza (v. in questo

suoi debitori, che il Pretore avrebbe imitato (1). Sono, in verità, queste, induzioni tutt'altro che sicure. Già Gaio ricorda il pretore Rutilio come inventore della *bonorum venditio*, in forma, che dimostra trattarsi di una tradizione, della cui autenticità lo stesso giureconsulto non è punto sicuro (2): ad ogni modo Gaio dice semplicemente che Rutilio introdusse la *bonorum venditio*, non già che a questi si debba l'invenzione di tutta l'esecuzione patrimoniale, di cui la *bonorum venditio* è soltanto una fase. Ed è, in realtà, molto inverosimile che un così complesso procedimento sia stato creato di getto da un solo pretore. Nè più fondata sembra l'ipotesi che l'esecuzione patrimoniale sia una formazione riflessa, una creazione artificiale plasmata su un modello preesistente, la procedura fiscale contro i debitori dello Stato. Rendono assai malsicura e forse del tutto infondata questa ipotesi varie considerazioni: 1.° Non si ha nessuna prova certa della anteriorità della procedura fiscale di fronte alla esecuzione patrimoniale privata (3). 2.° In ogni modo non è probabile che il pretore, anzichè sviluppare le istituzioni che rientravano già nella sfera delle sue attribuzioni, sia ricorso alla imitazione di istituti appartenenti alla competenza di un altro magistrato, il censore o il questore. 3.° La creazione, tutta di getto, di un istituto nuovo e complesso per imitazione riflessa di un altro istituto non risponde al procedimento consueto del pretore romano, che costruiva gli istituti pezzo per pezzo, provvedendo a soddisfare i bisogni nuovi man mano che si presentavano, mediante disposizioni adatte al singolo caso, che in seguito poi estendeva, ampliava e generalizzava (4).

Di comune il procedimento della *sectio* e la procedura patrimoniale del periodo formulare hanno probabilmente solo il *fondamento legale*,

---

senso da ultimo Scialoia, *Proc. civ. rom.*, pag. 304), ma piuttosto giurare di non sottrarsi al giudizio, di prestarsi alla costituzione del giudizio. *Habere copiam alicuius* è frase adoperata dalle fonti appunto in questo senso: vedi p. es.: *Ulp. l. quinto ad Edictum*, l. 2, § 1 *quibus ex causis* 42, 4: « potestatem autem sui non facit, qui id agit, ne adversarius eius copiam sui habeat »; l. 7. § 2 *de suspect. tut.* D., 26, 10 « nam adversus eos qui, ne alimenta decernantur, sui copiam perseverant non facere ».

(1) Keller-Wach, *Röm. Civilpr.*, pag. 431 testo e nota 1031; Bethmann-Hollweg, *Civilpr.*, II, pag. 669; Tambour, *Voies d'exécution*, I, pag. 109 e segg.; Rudorff, *Ueber die Rutilische Concursordnung und das fraudatorische Interdict*, nella « Zeitschrift für Rechtsgeschichte », VIII (1869), pag. 86; Garraud, *Déconfiture*, pag. 17; Vainberg, *Faill.*, pag. 272; Gusino, *Proc. civ. rom.*, pag. 301; Scialoia, *Proc. civ. rom.*, pag. 305; Girard, *Man. elem.*, pag. 1000.

(2) « Qui et bonorum venditionem introduxisse *dicitur* ». Cfr. Dernburg, *Ueber die Emptio bonorum*, Heidelberg, 1850, pag. 24.

(3) Troviamo ad es. che anche per la *missio in bona* del questore occorre l'autorizzazione del pretore: Bethmann-Hollweg, *Civilpr.*, II, pag. 669.

(4) Contro la derivazione della *bonorum venditio* dalla *sectio bonorum* vedi Huschke, *Ueber die Rutilische Concursordnung und das fraudatorium Interdickt*, nella « Zeitschrift für Rechtsgeschichte », IX (1870), pag. 359 e segg.; e più di recente Thaller, *Faill.*, I, pag. 32-33.

che ne rese possibile la formazione; vale a dire l' *imperium* del magistrato. Come il censore e poi il questore procedevano all'apprensione dei beni del debitore dello Stato in virtù del loro *imperium,* così in forza del suo *imperium* e non della *jurisdictio* creò il pretore la procedura esecutiva patrimontale. Il primo germe della quale, crediamo, risale al periodo della *legis actiones,* e deve ricercarsi nella *missio in possessionem,* che, in virtù appunto del suo *imperium,* il pretore dovette, assai di buon'ora, accordare contro il debitore, che si nascondesse o fuggisse per non esser tratto in giudizio. La *missio in possessionem*, è noto, costituiva uno dei procedimenti adoperati fin dai primi tempi della sua istituzione, dal pretore per vincere la mala volontà altrui. In forza dei poteri di polizia inerenti al suo *imperium,* il pretore, per premere sulla volontà di una persona, permetteva ad un' altra di entrare in possesso dei suoi beni, affinchè dalla molestia e dal danno derivante da tale intrusione, essa fosse indotta a obbedire all'ordine del magistrato (1). La *missio* era, insomma, un generale mezzo di *coazione della volontà.* Ora, un caso, in cui questo mezzo di coazione appariva necessario, e veniva, nel fatto, applicato, era appunto quello del debitore che si nascondeva o fuggiva per impedire il giudizio. La presenza delle due parti era invero necessaria nel periodo delle *legis actiones,* e anche nel periodo formulare, durante i quali il procedimento fu sempre, nel suo carattere fondamentale, privato, e la funzione essenziale del magistrato quella di imporre alle parti contendenti il deferimento della loro controversia a una terza persona (*arbitro, giudice*) (2). In questo sistema la latitanza del debitore doveva rendere assolutamente impossibile la costituzione del giudizio, perchè contro un debitore introvabile non era efficace neppure la *manus iniectio* della tavola I. A tale lacuna del diritto civile supplì il pretore, il quale stabilì di concedere la *missio in bona* contro il debitore « qui fraudationis causa latitat » (3).

Dato l'istituto generale della *missio in possessionem* come mezzo di coazione della volontà, e l'applicazione già fatta al debitore « qui fraudationis causa latitat », doveva essere facile fare un passo innanzi, e applicare la *missio* anche ai debitori *confessi* o *iudicati,* che non avessero soddisfatto l' obbligazione. Come efficace mezzo di coazione della

(1) Sulla *missio in possessionem* come mezzo di coazione della volontà: Dernburg, *Pfandrecht,* I, pag. 408; Scialoia, *Proc. civ. rom.,* pag. 91–92; Girard, *Man. elem.,* pag. 51, 52–53. Sulle varie *missiones,* v. Zimmern, *Traité des actions,* trad. Etienne, pagg. 229 e segg.; Keller–Wach, *Civilpr.,* pag. 390 e segg.; Dernburg, *Pfandrecht,* I, pag. 400 e segg.; Bethmann–Hollweg, *Civilpr.,* II, pag. 735 e segg.; Gugino, *Proc. civ. rom.,* pag. 351 e seg.; Scialoia, *Proc. civ. rom.,* pag. 90 e segg.; Girard, *Man. elem.,* pag. 1066-1067.

(2) Cfr. su ciò le belle pagine del Bonfante, *Diritto romano*, Firenze, 1900, pag. 486 e segg.

(3) Girard, *Man. elem.,* pag. 1009, nota 1, 1015 nota 2; Seuffert, *Zur Geschichte und Dogmatik des deutschen Konkursrechts,* Nördlingen, 1888, pag. 40, testo e nota 6; Lenel, *Das edictum perpetuum,* 2.ª ediz., Leipzig, 1907, pag. 400.

volontà, la *missio* era singolarmente adatta a funzionare da *mezzo esecutivo:* essa aveva, di fronte all'esecuzione personale, il vantaggio di essere meno vessatoria, di più semplice esercizio, e altrettanto efficace per piegare la mala voglia di un debitore ostinato. Era in tal modo, per un processo storico assai semplice e naturale, trovata e introdotta l'*esecuzione patrimoniale* (1). La quale, come appare da quanto si è detto, ha bensì oramai per oggetto i *beni,* e non la *persona* del debitore; ma non mira ancora affatto al *soddisfacimento sui beni;* l'apprensione dei beni è qui, come l'apprensione della persona nella esecuzione personale, *mezzo di coazione della volontà.* Anche in questo sistema esecutivo, il soddisfacimento è atteso ancora dalla *volontà del debitore.* La derivazione dell'esecuzione patrimoniale del diritto pretorio dall'istituto generale della *missio* ne spiega tutte le particolarità. Spiega anzitutto un fenomeno che a noi moderni appare ben strano: come la primitiva esecuzione patrimoniale sia stata una esecuzione *generale,* avente cioè per oggetto *tutto* il patrimonio del debitore, e non già un'esecuzione *speciale;* come, in altri termini, si sia cominciato col tipo per noi più complesso di esecuzione e non con quello che a noi appare più semplice. Quando alla persona si sostituirono i beni come oggetto della apprensione da parte del creditore, è ben naturale che questa apprensione si facesse cadere su tutto il patrimonio, che rappresentava la personalità economica del debitore, ora sostituita alla fisica. Solo, del resto, la spogliazione di tutto il patrimonio poteva costituire un mezzo di coazione equivalente, per efficacia, alla apprensione della persona: e solo l'apprensione di tutto il patrimonio poteva dar adito a un'ulteriore sostituzione, a cui si venne ben presto: quella di una terza persona (*bonorum emptor*) che, succedendo come erede, cioè nell'attivo e nel passivo, al debitore, facesse ciò che questi si era ostinato a non fare e pagasse i creditori. Ma un altro fenomeno storico spiega ancora la derivazione dell'esecuzione patrimoniale dalla *missio:* il perfetto parallelismo, già da vari scrittori notato, fra due istituti che oggi non hanno più nulla di comune; l'esecuzione forzata e il processo contumaciale (2). Se, infatti, la *missio* era conceduta tanto contro l'*indefensus,* quanto contro il *confessus* o *iudicatus* inadempiente, ciò avveniva appunto per la comune origine delle varie *missiones* e la loro comune natura di *mezzo di coazione della volontà.*

5. Sul principio la *missio in possessionem,* applicata al *confessus* e al *iudicatus,* fu semplicemente un mezzo di coazione, il cui scopo era di procurare il pagamento per opera dello stesso debitore. Ma ben presto, e probabilmente appena con la riforma della legge Ebuzia vennero

(1) La derivazione della *missio in bona,* come procedimento esecutivo, dalla *missio* in caso di contumacia si trova già, sostanzialmente, affermata da Dernburg, *Emptio bonorum,* pag. 24 e segg.; e, in forma dubitativa, da Bethmann-Hollweg, *Civilpr.,* II, pag. 668-669: « es ist möglich, das der Prätor die Missio in bona schon früher gegen den flüchtigen Schuldner eintreten liess ». Più di recente in questo senso: E. Serafini, *Della revoca degli atti fraudolenti,* Pisa, 1887-1889, I, pag. 66-67.

(2) Dernburg, *Emptio bonorum,* pag. 40 e segg.: Menestrina, *Accessione,* pag. 65.

aumentati i poteri del pretore, questi trovò molto semplice e comodo, nei casi in cui la *missio* aveva fallito lo scopo, di eliminare il debitore troppo ostinato, e di mettere al suo posto un'altra persona, la quale pagasse per lui. Ciò si poteva ottenere mediante una *successio in ius*, ad esempio di quella che si verificava in caso di morte (1): attribuendo a una terza persona la qualità di successore a titolo universale del debitore ostinato, come se ne fosse divenuta erede, si otteneva lo scopo di trasferire in essa anche la qualità di debitore, e quindi di sostituire al debitore recalcitrante un altro più pieghevole e pronto a pagare spontaneamente. Ma è chiaro che una persona, disposta ad accollarsi la successione, non si sarebbe potuta trovare se non a patto che questo acquisto dei beni a titolo di successione universale non fosse stato oneroso. Donde la necessità, pei creditori, di non pretendere dal successore la parte dei loro crediti eventualmente eccedente il valore dei beni. Questa assunzione della qualità di successore a titolo ereditario, che, in realtà, era un acquisto del patrimonio attivo e passivo, *condizionato* alle parziali rinunce dei creditori, prese la forma di una *vendita:* il terzo figurava come compratore dell'attivo mediante il pagamento di un prezzo rappresentato da una *percentuale* dei crediti. Tale successione condizionata si chiamò pertanto *bonorum venditio*, e il successore *bonorum emptor*. Con la *venditio bonorum* si operava, in sostanza, la successione di una persona vivente, in base a una specie di finzione di morte: ciò spiega come essa portasse con sè l'*infamia:* e in verità sotto questo punto di vista il debitore sottoposto all'esecuzione patrimoniale non era colpito meno duramente di quello sottoposto all'esecuzione personale (2).

6. Per tal modo, con l'aggiunta della *bonorum venditio* alla *missio in possessionem*, il diritto pretorio creò una forma di esecuzione patrimoniale, in cui il soddisfacimento dei creditori era ottenuto ancora mediante la cooperazione del debitore, ma non più del debitore originario, bensì di un nuovo debitore a questi sostituito mediante una successione a titolo ereditario. Non siamo ancora giunti al concetto che il creditore possa soddisfarsi sui beni, e che perciò spetti a lui un diritto *sui beni:* sopravvive ancora il concetto che l'obbligazione crei solamente un rapporto personale, e in nessun modo un rapporto sui beni, e che la sola forma di soddisfacimento possibile, sia il pagamento da parte del debitore (3). Ma un passo innanzi è fatto verso la concezione dell'obbligazione

(1) Gaio, IV, 35: « Similiter et bonorum emptor ficto se herede agit »: Bethmann-Hollweg, *Civilpr.*, II, pag. 684; e chiaramente: Degenkolb, *Magister und curator in altrömischen Konkurs*, nei « Beiträge zum Civilprozess », Leipzig, 1805, pag. 170 testo e nota 2. V. anche Lenel, *Das Edictum perpetuum*, pag. 417.

(2) Gaio, IV, 154 « ut ignominia, quae accidit ex venditione bonorum hunc potius heredem quam ipsum testatorem contingat »: Keller-Wach, *Civilprozess*, pag. 439 testo e nota 1056; Bethman-Hollweg, *Civilprozess*, II, pag. 680-687; Degenkolb, *Magister und curator*, pag. 170-171.

(3) Questa particolarità della primitiva esecuzione patrimoniale è bene accennata dal Bonfante, *Dir. rom.*, pag. 500. Di solito invece si considera la *bonorum venditio* come una esecuzione diretta al soddisfacimento: v. per es. Sohm, *Institutionem*, 8.ª e 9.ª ed., Leipzig, 1899, pag. 280-281.

come un rapporto non solamente personale, ma anche reale, o per meglio dire come di un rapporto personale, a cui è connesso, necessariamente, un rapporto reale sul patrimonio. La successione del *bonorum emptor* era evidentemente una finzione, comodo spediente consueto alla tecnica giuridica del pretore romano; uno spediente atto a mantenere in piedi il concetto dell'obbligazione come rapporto puramente personale, e a conseguire il risultato *pratico* del soddisfacimento sul patrimonio senza la cooperazione del debitore. Ma quel concetto tuttavia perdurante, e costituente ancora la base dell'istituto, non va dimenticato da chi voglia intendere il significato di questa forma di esecuzione patrimoniale. La quale non presuppone punto la insolvenza del debitore; è, invece, una procedura normale, applicabile al caso di solvenza come al caso di fallimento. Si tratti pure di un solo debito, di piccolo valore, la procedura è sempre la stessa (1): è una esecuzione generale, che comprende tutto il patrimonio, e quindi di necessità una procedura universale, condotta a favore di tutti i creditori; è ben naturale inoltre che una successione a titolo ereditario, come comprende tutti i beni, così comprenda tutti i debiti, e che perciò tutti i creditori siano ammessi, nei limiti della percentuale, a far valere i loro diritti.

7. Detto così dell'origine e dei concetti informatori della esecuzione patrimoniale nel diritto classico, ci è possibile far più breve discorso intorno alle varie fasi e alle particolarità del procedimento. Una ricostruzione esatta della procedura classica della *bonorum venditio* è, in realtà, còmpito non agevole, giacchè, come fu giustamente osservato, nei testi delle Pandette si trovano, l'uno sull'altro sovrapposti, due sistemi: quello più antico della *bonorum venditio*, e quello, più recente, della *bonorum distractio;* mentre i frammenti originari dei giureconsulti espongono il vecchio sistema, i testi delle Pandette si riferiscono al nuovo; e la conseguenza è, che noi non possiamo farci un'idea complessiva esatta nè del vecchio, nè del nuovo sistema, nè del modo con cui l'uno all'altro si contrappone (2).

Il procedimento si apriva con una domanda (*postulatio*) del creditore, il quale allegava i fatti, che, secondo l'editto, davano luogo alla *missio:* il giudicato, la confessione, la *latitatio,* l' assenza o, in genere, l'*indefensio.* Il pretore, dopo un esame sommario, che non implicava una vera *causae cognitio,* accordava la *missio,* con riferimento all' editto (*ex edicto*), ossia sotto condizione che realmente sussistessero le condizioni volute dall'editto (3). Questa specie particolare di *missio* era designata col nome di *missio in possessionem rei servandae causa,* forse in ricordo

(1) Bethmann-Hollweg, *Civilpr.*, pag. 672.

(2) Degenkolb, *Magister und curator*, pag. 161.

(3) Keller-Wach, *Civilpr.*, pag. 438 testo e nota 1051; Bethmann-Hollweg, *Civilpr.*, II, pag. 673; Vainberg, *Faill.*, pag. 103 e segg.; Scialoia, *Proc. civ. rom.*, pag. 307; Lenel, *Edictum perp.*, pag. 397. La dottrina più antica riteneva necessaria la *causae cognitio:* Zimmern, *Actions*, pag. 245; Tambour, *Voies d'exécutions*, I, pag. 156 e segg.

della sua prima applicazione al debitore latitante e al suo primitivo carattere di semplice mezzo di coazione della volontà. Di solito con la *missio in possessionem* era autorizzata anche la *bonorum venditio* (1): ma in taluni casi, specie quando si trattava di un pupillo non rappresentato o di un assente per affari pubblici, si concedeva solo la *missio* e non la vendita (2): in questi casi la *missio* funzionava ancora come semplice mezzo di coazione della volontà. La *missio* chiesta da un creditore singolo profittava a tutti i creditori; era, come si esprime il giureconsulto, concessa « non tam personae solius petentis, quam creditoribus et in rem » (3).

La *missio* investiva i creditori non di un vero possesso giuridico, ma della « custodia et observatio » dei beni, come dicono le fonti (4), ossia della semplice detenzione, che taluni scrittori qualificano come un compossesso del creditore col debitore (5). L'effettiva immissione non avveniva con l'ausilio della pubblica autorità, ma procedeva il creditore privatamente, segno questo del persistente carattere privato della procedura (6). Di fronte ai terzi il creditore era tutelato mediante un'*actio in factum*, e probabilmente anche mediante l'interdetto « ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit » (7).

(1) *Lex Rubria de Gallia Cisalpina* (705-712): (Bruns, *Fontes*, pag. 98; Riccobono e Baviera, *Fontes*, I, pag. 135), XXII, 45 « praetorque isve quei de eis rebus Romae iure deicundo praerit, in eum et in heredem eius de eis rebus omnibus ita ius deicito decernito eosque duci, *bona eorum possideri proscreibei veneireque iubeto* »; l. 7, § 1, *quibus ex causis* Dig. 42, 4 « possideri vendique iubeto », Bethmann-Hollweg, *Civilpr.*, II, pag. 674; Girard, *Man. elem.*, pag. 1061.

(2) Tabula Heracleensis (*Lex Julia municipalis*, a. 709) (Bruns, *Fontes*, pagina 104; Riccobono e Baviera, *Fontes*, pag. 109 « praeterquam sei quoius, quom pupillus esset reive publicae caussa abesset, neque dolo malo fecerit, quo magis rei publicae caussa abesset, bona possessa proscriptave sunt, erunt ». Cfr. Bethmann-Hollweg, *Civilpr.*, II, pag. 674; Girard, *Man. elem.*, pag. 1061; Lenel, *Ed. perp.*, pag. 400.

(3) L. 12 pr. *quibus ex causis*, D. 42, 4; Bethmann-Hollweg, *Civilpr.*, II, pagina 678; Keller-Wach, *Civilproz.*, pag. 438 testo e nota 1052; Seuffert, *Zur Geschichte*, pag. 5; Scialoia, *Proc. civ. rom.*, pag. 307; Girard, *Man. elem.*, pagina 1061.

(4) L. 3, § 23 *de adq. vel am. posses.*, D., 41, 2 « non possessionem, sed custodiam rerum et observationem rerum concedit », Cic., *pro Quinctio*, XXVII, 84: « Qui ex edictio meo in possessionem venerint, eos ita videtur in possessionem esse oportere, quod ibidem custodire poterunt, id ibidem custodiant ». Cfr. Keller-Wach, *Civilpr.*, pag. 391 testo e nota 904; Bethmann-Hollweg, *Civilpr.*, II, pag. 674-675; Lenel, *Edictum perp.*, pag. 407.

(5) L. 15 pr. *ut in poss. leg.*, D., 36, 4: « nec tam possessio rerum ei, quam custodia datur. Neque enim expellendi heredem ius habet, sed simul cum eo possidere iubetur », Bethmann-Hollweg, *Civilpr.*, II, pag. 675.

(6) Bethmann-Hollweg, *Civilprozess*, II, pag. 676; Seuffert, *Zur Geschichte*, pag. 7.

(7) Bethmann-Hollweg, *Civilproz.*, II, pag. 675-676; Keller-Wach, *Civilpr.*, pag. 394 testo e nota 915; Seuffert, *Zur Geschichte*, pag. 6.

Con la *custodia* e l'*observatio* spettava al creditore o ai creditori anche l'*amministrazione* del patrimonio. Potevano perciò i creditori dare in affitto i beni, realizzare i frutti, e cessata la *missio*, doveva il debitore rispettare i contratti da essi conclusi a questo scopo (1): se i creditori erano più e non si accordavano su chi delegare alla conclusione dei contratti, la scelta era deferita al pretore (2). I creditori avevano diritto di impossessarsi dei libri e delle carte del debitore, la cui conservazione era anche affidata, se i creditori erano più, ad uno di essi (3). I creditori immessi erano responsabili dei danni cagionati con dolo ai beni amministrati (4), e potevano ripetere le spese sostenute per l'amministrazione (5).

La somma di queste facoltà spettanti ai creditori dopo la *missio* viene d.lle fonti designata come una specie di pegno, un *pignus praetorium* (6). Questa concezione dei giureconsulti era, come si direbbe oggi, una « costruzione », che se non rispondeva esattamente alle origini e allo scopo dell'istituto (poichè, da questo punto di vista, la *missio* è da considerare piuttosto come un mezzo di coazione della volontà), sintetizzava però molto bene la *forma* che, come mezzo di coazione la *missio* aveva assunta, specie considerata in relazione all'effetto pratico della successione operata dalla *bonorum venditio*. Gli effetti reali della *missio*, il fine ultimo a cui tende, cioè il soddisfacimento dei creditori, la facoltà, che esso conferisce, di alienare i beni con un procedimento, che se non è, sostanzialmente, una vendita, ne assume non pertanto le forme, tutto ciò dà all'istituto un atteggiamento esteriore tale, da giustificare l'assimilazione al pegno (7). Il ricordo della originaria concezione doveva, del

(1) Ulpianus, lib. 61, *ad edictum*, 1. 8, §§ 1-3, *de reb. auct. iud. poss.*, D., 42, 5. Cfr. Seuffert, *Zur Geschichte*, pag. 3 e segg.; Lenel, *Ed. perp.*, pag. 407. Vedi anche Solazzi, *De fructu praediorum vendendo locandove*, negli « Scritti in onore di V. Scialoia », I, pag. 665 e segg., il quale osserva giustamente che tutto ciò presuppone che la *missio* si prolunghi oltre i termini indicati da Gaio.

(2) Ulp., 1. 61, *ad edictum*, 1. 8, § 4 h. t. V. Seuffert, *Zur Geschichte*, pagina 9; Solazzi, op. cit., pag. 667 sospetta però, non senza ragione, che questo fr. sia interpolato.

(3) Ulp., 1. 62, *ad edictum*, 1. 15 h. t.

(4) Ulp., 1. 62, *ad ed.*, 1. 9 pr. h. t.: Cfr. Seuffert, *Zur Geschichte*, pag. 10; Lenel, *Ed. perp.*, pag. 408.

(5) Ulp., 1. 62, *ad ed.*, 1. 9, § 4 h. t.

(6) Ulp., 1. 3 *disp.*, 1. 26 *de pign. act.*, 13, 7. Ulp., 1. 35, *ad edictum*, 1. 3 § 1 *de reb. eor. qui sub tut.*, 27, 9 « Sed et in possessionem mitti rerum pupillarium a praetore quis potest *et ius pignoris contrahitur* » Hermogenianus, libro 4, *iuris epitomarum*, 1. 11, § 1 *ut in poss.*, 36, 4 « Si rei servandae causa in possessionem missus esset proprius creditor heredis et rei per fidei commissum mihi relictae adeptus fuerit, nihil me per eum laedi oportere convenit, non magis quam si ab ipso herede eam rem *pignori* accepisset ». V. anche 1. 4, *qui potiores*, C. 8, 17; 1. 2 *de praet. pign.*, C. 8, 21; 1. 2, *qui potiores*, C. 8, 17. Seuffert, *Zur Geschichte*, pag. 20 e segg.; Bethmann-Hollweg, *Civilpr.*, II, pag. 676; Dernburg, *Pfandrecht*, I, pag. 407; Tambour, *Voies d'exécution*, I, pag. 176-177.

(7) Dernburg, *Pfandrecht*, I, pag. 408; Seuffert, *Zur Geschichte*, pag. 46,

resto, già ai tempi dei giureconsulti classici, essersi affievolito: la costruzione della *missio* come costituzione di un pegno dovette affievolirlo sempre più e facilitare il passaggio ai sistemi esecutivi posteriori del *pignus in causa iudicati captum* e della *bonorum distractio*, in cui il processo esecutivo romano, compiendo il suo ciclo di evoluzione, appare trasformato da mezzo di coazione della volontà, in esecuzione sui beni diretta al soddisfacimento.

Di solito la amministrazione dei beni posseduti era molto semplice e di breve durata, perchè il possesso non durava che *trenta giorni* se il debitore era vivo, e *quindici* se defunto (1). Ma qualora il possesso avesse dovuto prolungarsi (come nei casi in cui il pretore concedeva la *missio* senza la facoltà di vendere) o qualora si fosse dovuto procedere ad atti conservatori complessi ed urgenti, e forse anche qualora tra i creditori fossero sorti dissensi circa il modo e le forme dell'amministrazione, il pretore poteva, su domanda della maggioranza dei creditori, nominare un *curatore*, a cui spettava di far tutto ciò che fosse necessario per la custodia, la conservazione e la reintegrazione del patrimonio (2).

L'immissione in possesso e il possesso stesso per tutta la sua durata, dovevano essere resi pubblici colla *proscriptio*, la quale seguiva mediante l'affissione di avvisi (*libelli*) nei luoghi più frequentati della città (3). Lo scopo di tale pubblicità era duplice: da una parte permettere ai creditori non comparsi di farsi innanzi e di partecipare alla *missio*, dall'altra dar modo al debitore di presentarsi, se assente o fug-

(1) Gaio, III, 79 « Si quidem vivi bona veneant, iubet ea praetor per dies continuos XXX possideri et proscribi; si vero mortuorum, per dies XV ».

(2) *Lex agraria*, a. 643 (Bruns, *Fontes*, pag. 74; Riccobono e Baviera, *Fontes*, pag. 86), v. 56: « utei curator eius profiteatur, item utei ex eo edicto, utei is, quei ab bonorum emptore magistro curatoreve emerit »: Paulus, l. 59, *ad edictum*, l. 14 pr. *de reb. auct. iud. poss.*, 42, 5: « Creditore in possessionem rerum debitoris misso, curator constitui debet, si quaedam actiones periturae sunt »; Ulp., l. 60, *ad ed.*, l. 8, *quib. ex causis*, 42, 4: « . . . et si ita res urgueat vel condicio bonorum, etiam hoc erit concedendum, ut curator constituatur » v. anche l. 6, § 2 *quib. ex caus.*, D., 42, 4; l. 1, § 1 *de cur. bon.*, D. 42, 7. Cfr. Bethmann-Hollweg, *Civilpr.*, II, pag. 676; Tambour, *Voies d'exéc.*, I, pag. 184 e segg.; Degenkolb, *Magister. u. Curator*, pag. 163–164, 174 e segg.; Armuzzi, *Il magister ed il curator della bonorum venditio*, nell' « Arch. giur. », LXXII (1904), pag. 496 e segg.; Solazzi, *L'editto de fructu praediorum*, pag. 670-671; Lenel, *Ed. perp.*, pag. 417, 418. Circa il modo di nomina, la collaborazione dei creditori è dovuta probabilmente a una pratica, ricordata da Ulp. (l. 65, *ad ed.*; l. 2 pr. 42, 7) « de curatore constituendo *hoc iure utimur*, ut praetor adeatur, isque curatorem curatoresque constituat ex consensu maioris partis creditorum ». V. su questo punto: Tambour, *Voies de exécution*, I, pag. 185; Degenkolb, *Magister u. Curator*, pag. 174 e segg.; Armuzzi, *Il magister e il curator*, pag. 499 e segg.; Lenel, *Ed. perp.*, pag. 419.

Sulla condizione giuridica del *curator* v. Ulp. l. 65, *ad. ed.*, l. 2 § 1 h. t. Cfr. Armuzzi, pag. 503 e segg.; Lenel, *Ed. perp.*, pag. 419.

(3) Cic., *pro Quinctio*, 15 « cuius bona ex edicto possidentur, de quo libelli in celeberrimis locis proponuntur ». V. Bethmann-Hollweg, *Civilpr.*, pag. 677.

gitivo, e ai suoi parenti ed amici di intervenire a favore di lui: nel che si manifesta il carattere di mezzo di coazione della volontà, che permane ancora in tutto il procedimento. La stessa più lunga durata stabilita per il possesso e la *proscriptio,* nel caso di *missio* sui beni di una persona vivente, è prova che la *proscriptio* tende anche a premere sulla volontà del debitore e dei terzi disposti a intervenire a favore del debitore: se si tratta di un vivo vi è sempre speranza che si presenti e paghi, e vi è anche maggior speranza che taluno intervenga per lui.

8. Scorso il termine di trenta o di quindici giorni, stabiliti per il possesso e la pubblicità, il pretore, mediante un nuovo decreto, ordinava la convocazione dei creditori i quali dovevano nominare nel loro seno un *magister,* con l'incarico di procedere alla *bonorum venditio* (1). Si trattava, in verità, di un incarico delicato e importante e spesso anche assai complicato. Con la *bonorum venditio,* abbiamo detto, si investiva un terzo (*bonorum emptor*) della successione a titolo ereditario del debitore: ed è naturale che il terzo non assumesse questa qualità senza *condizioni:* e precisamente senza la condizione che i creditori rinunciassero ad esigere da lui una parte dei loro crediti, nel caso possibile e frequente, che il passivo del patrimonio eccedesse l'attivo. Il terzo, si comprende, non doveva perdere, anzi doveva guadagnare qualcosa nell'accollarsi la successione del debitore. Ma determinare queste condizioni, cioè determinare a quale percentuale dovessero ridursi i crediti di fronte al successore, importava conoscere esattamente lo stato attivo e passivo del patrimonio, e quindi procedere all'inventario dei beni, alla verificazione dei crediti e via dicendo, tutte operazioni di un certo rilievo, che toccava al *magister* eseguire. Il quadro, contenente lo stato esatto, attivo e passivo del patrimonio, con l'indicazione dei singoli beni e dei singoli crediti, dei privilegi e delle cause di prelazione, costituiva ciò che veniva chiamato di solito *lex venditionis*, che doveva, probabilmente, essere approvata dai creditori (2), pubblicata, e in base alla quale si procedeva ai pubblici incanti, per l'aggiudicazione del patrimonio a chi pretendesse la minima riduzione dai creditori, o, il che fa lo stesso, offrisse ad essi la più alta percentuale. Tutto questo lavoro di preparazione doveva, di necessità, assorbire un certo tempo, e perciò i dieci giorni che Gaio afferma dover intercedere tra la nomina del *magister* e la *venditio* (ridotti alla metà in caso di vendita dei beni d'un morto) rappresentano evidentemente un termine minimo, un termine *dilatorio*, stabilito a vantaggio del debitore (3) Se oltre questo còmpito di preparare la

(1) Gaio, IV, 79 « postea iubet (sc. praetor) convenire creditores et ex eo numero magistrum creari, idest eum, per quem bona veneant ».

(2) Cfr. Bethmann-Hollweg, *Civilpr.*, pag. 180; Keller-Wach, *Civilpr.*, pagina 440 testo e nota 1058; Tambour, *Voie d'exécution*, I, pag. 214 e segg.; Vainber, *Faill.*, pag. 279 e segg.; Scialoia, *Proc. civ. rom.*, pag. 309; Girard, *Man. elem.*, pag. 1062.

(3) Keller-Wach, *Civilpr.*, pag. 440, nota 1058; Dernburg, *Emptio bonorum*, pag. 128.

vendita, il *magister* ne avesse altri, e specialmente quello di amministrare i beni, nel caso che prolungandosi le operazioni preliminari della vendita, si prolungasse la *possessio* dei creditori, è questione assai dubbia e di difficile soluzione, allo stato delle fonti. Ma è forse più probabile che l'ufficio del *magister* non si limitasse alla preparazione della vendita, come ritiene l'opinione dominante (1), ma comprendesse anche l'amministrazione dei beni: altrimenti dovrebbe ammettersi che, prolungandosi le operazioni preliminari della vendita, dovesse perdurare in ufficio, accanto al *magister*, anche il *curator*, con un intreccio di funzioni, di cui dovremmo pur trovare qualche traccia nelle fonti (2).

L'aggiudicazione dei beni (*addictio*) era fatta, sulla base della *lex venditionis*, dopo pubblico incanto (3), a chi avesse offerto la più alta percentuale (4). L'acquirente, *bonorum emptor*, diveniva per tal modo successore a titolo universale (come si usa dire da Giustiniano) del debitore, mediante una finzione di morte, che gli attribuiva la qualità di erede (5).

Come successore a titolo di erede, egli acquistava i beni nella loro università, e diventava debitore del passivo conformemente alle condizioni risultanti dall'asta. Ma tutto l'istituto essendo una creazione del pretore, anche la successione che si operava con l'*addictio* era una successione pretoria; la condizione giuridica del *bonorum emptor* si regolava perciò secondo il diritto pretorio e precisamente a similitudine della condizione del *bonorum possessor* nella eredità pretoria. Egli non acquistava la proprietà quiritaria dei beni, ma una semplice proprietà pretoria difesa da azioni utili e per la presa di possesso, un *interdictum possessorium* analogo all'*interdictum quorum bonorum* dato al *bonorum possessor* (6).

(1) Dernburg, *Emptio bonorum*, pag. 132; Seuffert, *Zur Geschichte*, pag. 13 e di recente Armuzzi, *Magister*, pag. 490 e segg.

(2) Degenkolb, *Magister u. Curator*, pag. 165 e segg.; e Lenel, *Ed. perp.*, pag. 410.

(3) Cic., *pro Quinctio*, 15: « de quo homine praeconis vox praedicat et pretium conficit » *in Verr.*, II, 19 « auctio facta esta ». V. specialm. Bethmann-Hollweg, *Civilpr.*, II, pag. 682.

(4) Gaio, II, 155. V. Bethmann-Hollweg, *Civilpr.*, II, pag. 682; Keller-Wach, *Civilpr.*, pag. 441 testo e nota 1059; Vainberg, *Faill.*, pag. 279-280.

(5) Il concetto che la successione del *bonorum emptor* si ricolleghi ad una finzione di morte del debitore, è in più luoghi affermato dalle fonti giuridiche e non giuridiche. Non soltanto si dice che il *bonorum emptor* agisce come finto erede (Gaio, IV, 35 v. retro nota 27), ma la vendita è paragonata alla morte, e il procedimento che vi conduce, a un funerale. Cic., *pro Quinctio*, 15: « cui magistri fiunt et domini costituuntur: *qui qua lege et qua conditione pereat*, pronuntient . . . huic acerbissimum vivo videntique funus indicitur; si funus id habendum sit quo non amici conveniunt ad exsequias cohonestandas, sed bonorum emptores ut carnifices ad reliquias vitae lacerandas et distrahendas ». V. anche Paulus, lib. 32, *ad edictum*, fr. 65, § 12, *pro socio*, 17, 2.

(6) Gaio, III, 80 81. Cfr. Keller-Wach, *Civilpr.*, pag. 443; Bethmann-Hollweg, *Civ. pr.*, II, pag. 683; Scialoia, *Proc. civ. rom.*, pag. 310.

Contro i debitori del patrimonio gli erano date *azioni utili*, in una doppia forma. Poteva egli agire come finto erede del debitore con un' azione, che le fonti chiamano *Serviana:* poteva anche secondo una formula introdotta dal pretore Rutilio, agire come rappresentante giudiziario del debitore, con una azione, la cui *intentio* si riferisce alla persona del debitore e la *condemnatio* alla persona del *bonorum emptor* (*actio Rutiliana*) (1). Ma, nell'agire contro i terzi debitori del patrimonio, il *bonorum emptor* doveva dedurre i crediti che essi avessero avuto verso il patrimonio (*agere cum deductione*); tra la compensazione ordinaria e questa deduzione correvano importanti differenze, in quanto la deduzione contro il *bonorum emptor* aveva luogo anche per crediti di natura diversa, e per crediti non ancora scaduti, e si operava solo nella *condemnatio*, non anche nella *intentio* (2). La deduzione, ad ogni modo, si faceva per l'ammontare della percentuale pattuita, non per l'ammontare integrale del credito del terzo (3). Contro il *bonorum emptor* erano concesse ai creditori del patrimonio azioni utili per il pagamento della percentuale. I terzi poi, aventi diritti reali sui beni del debitore, potevano certamente farli valere anche dopo l'*addictio* (4).

Malgrado la *bonorum venditio*, il debitore non rimaneva liberato: egli rispondeva ancora di quella porzione che i creditori non avessero potuto riscuotere dal *bonorum emptor*, e per questo residuo si poteva sempre procedere contro di lui a una nuova *bonorum venditio*, qualora egli avesse acquistato nuovi beni: solamente, durante l'anno che segue la vendita, i creditori non possono agire contro di lui *ex ante gesto*, che *in id quod facere potest* (5).

9. Questo sistema era completato da una serie di disposizioni date dal pretore contro le fraudolenti diminuzioni di patrimonio operate dal debitore. I mezzi giuridici che a ciò servivano nel diritto classico, a quanto si può desumere dai testi delle Pandette, nei quali i compilatori li unificarono in uno solo, erano diversi, di diverso nome e di varia natura. Identificare questi diversi mezzi, accertarne la natura, delimitarli gli uni dagli altri, stabilirne il rapporto cronologico, ecco una serie di problemi che da secoli affaticano la scienza romanistica e che, probabilmente, allo stato delle fonti, non è possibile risolvere neppure con approssimativa

(1) Gaio, IV, 35. V. specialm. Bethmann-Hollweg, *Civilpr.*, pag. 684; Tambour, *Voies d'exécution,* I, pag. 220 e segg.; Vainberg, *Faill.*, pag. 283 e segg.; Scialoia, *Proc. civ. rom.*, pag. 311; Lenel, *Ed. perp.*, pag. 411-412, 417.

(2) Gaio, IV, 65-69 « Item bonorum emptor cum deductione agere iubetur, id est ut in hoc solum adversarius eius condemnetur, quod superest, deducto eo quod invicem ei bonorum emptor defraudatoris nomine debet ... Deductio vero ad condemnationem ponitur ». V. Scialoia, *Proc. civ. rom.*, pag. 311-312; Lenel, *Ed. perp.*, pag. 412.

(3) Contra: Keller-Wach, pag. 444.

(4) L. 24, § 2-3, *de reb. auct. iud. poss.*, D., 42, 5.

(5) Gaio, II, 155. V. circa il *benef. comp.*, Girard, *Man. élém.*, pag. 1062, nota 5 e Lenel, *Ed. perp.*, pag. 415-41.

sicurezza. Infatti, nelle Pandette noi troviamo menzionati: nella l. 38, § 4, *de usuris*, D, 22, 1, un'*actio pauliana* « per quam quae in fraudem creditorum alienata sunt, revocantur, fructus quoque restituuntur »; nella l. 1 pr., *quae in fraudem credit.* D, 42, 8, un editto, con cui si concedeva azione al *curator bonorum* « de his... quae fraudationis causa gesta erunt cum eo, qui fraudem non ignoraverit »; nella l. 10 pr., *quae in fraudem* D, 42, 8, un altro editto con cui il pretore « quae Lucius Titius fraudandi causa sciente te in bonis, quibus de ea re agitur, fecit: ea illis, si eo nomine, quo de agitur actio ei ex edicto meo competere esseve oportet, ei, si non plus quam annus est-, cum de ea re, qua de agitur, experiundi potestas est, restituas ». Infine, nelle Istituzioni di Giustiniano, § 6, IV, 6, troviamo ricordato l' istituto nei termini seguenti: « Item, si quis in fraudem creditorum rem suam alicui tradiderit, bonis eius a creditoribus ex sententia praesidis possessis, permittitur ipsis creditoribus, rescissa traditione, eam rem petere, id est dicere eam rem traditam non esse et ob id in bonis debitoris mansisse ». Che i compilatori abbiano largamente rimaneggiato questi ed altri passi, riferentisi alla revoca, è fuori di dubbio, come oramai nessuno più dubita che l'abbiano fatto allo scopo di fondere in un solo i vari mezzi revocatori del diritto classico (1). Ma, principalmente in questi frammenti, la revisione non è stata nè così radicale, nè così accorta da non lasciar trasparire la molteplicità e diversità dei mezzi primitivi. Donde i numerosi tentativi di ricostruire il diritto classico attraverso queste traccie da esso lasciate nella compilazione giustinianea. Io non starò qui a riferire le innumerevoli congetture fatte a questo proposito (2). Le dottrine oggi più accreditate sono due. Secondo la prima, i mezzi revocatori del diritto classico sarebbero stati principalmente, se non esclusivamente: l'*actio pauliana*, ri-

(1) Già chiaramente RUDORFF, *Ueber die Rutilische Konkursordnung und das fraudatorische Interdict*, nella « Zeitschrift für Rechtsgeschichte », VIII (1869), pagina 97-98; e inoltre: GRÜTZMANN, *Das Anfechtungsrecht der benachteiligten Konkursgläubiger*, Leipzig, 1882, pag. 11, nota 44; DERNBURG, *Pand.*, II, § 144; SOLAZZI, *La revoca degli atti fraudolenti*, Roma, 1902, pag. 34 e segg.; *La revoca degli atti fraudolenti del debitore nel diritto romano classico*, nel « Bull. dell'Istituto di dir. rom. » XV (1902), pag. 128; GIRARD, *Man. élém.*, pag. 436, nota 2: LENEL, *Die Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners in Klassischen röm. Recht* in « Strassburger Festgabe für Schultze » 1903, pag. 1 e segg.: *Das edictum perpetuum*, pag. 424 e 476; RICCOBONO, in RICCOBONO e BAVIERA, *Fontes*, pag. 197, nota 10.

(2) Letteratura più antica in SCHEY, *Zur Geschichte der Actio pauliana und des Interdictum fraudatorium*, nella « Zeitschr. für Rechtsgeschichte », XIII (1874), pag. 120. V. inoltre SERAFINI E., *La revoca degli atti fraudolenti compiuti dal debitore secondo il diritto romano*, Pisa, 1887-1889, I, pag. 4 e segg. (dove è una rivista molto completa delle dottrine); DERNBURG, *Pand.*, § 144; KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, 1895-1902, II, pag. 1040 e segg.; SOLAZZI, *La revoca*, Roma, 1902 e *La revoca degli atti fraud. nel diritto romano class.*, « Bull. », XV, pag. 127 e segg.; LENEL, *Anfechtung*, pag. 1-24; *Ed. perp.*, pag. 419-427; 475-481; GIRARD, *Man. élém.*, pag. 436-442.

cordata nella l. 38, § 4 *de usuris,* che sarebbe poi l'azione del I editto, quello riferito nella l. 1 pr., *quae in fraudem;* e l'*interdictum fraudatorium,* concesso nel II editto, dalla l. 10 pr., 4, h. t. L'*actio pauliana,* sarebbe una azione personale, di carattere penale, esercitabile tanto contro il *fraudator,* quanto contro il complice della frode; l'*interdictum* avrebbe carattere reipersecutorio e si potrebbe, naturalmente, esercitare solo contro il *fraudator* (1). Secondo un'altra dottrina, i mezzi principali sarebbero invece: l'*interdictum fraudatorium,* della l. 10 accordato ad ogni creditore; e la *restitutio in integrum,* a cui si riferirebbe la l. 1 pr.; l'azione arbitraria data in seguito all'interdetto sarebbe l'*actio pauliana* ricordata nella l.38 *de usuris,* mentre l'azione rescissoria susseguente alla *in integrum restitutio*, sarebbe l'azione ricordata nelle istituzioni (2).

10. In questa discrepanza di opinioni, un punto è oramai fuori di dubbio: l'esistenza di un *interdictum fraudatorium,* che è quello appunto di cui si occupa il II editto, della l. 10 pr. L'interdetto era destinato a far ottenere ai creditori il possesso delle cose fraudolentemente uscite dal patrimonio, e perciò ad estendere la *missio* anche ai beni fraudolentemente alienati: in sostanza, era necessario e logico complemento della *missio.* Che oltre all' interdetto sia stata, in origine, concessa ai creditori un'azione penale, non è da escludersi, anzi è verosimile, perchè la *fraus creditorum* dovette essere considerata come un delitto, almeno in origine: ma bisogna confessare che di quest'azione non sono restate traccie sicure nelle fonti, se si toglie l' accenno della l. 25 § 1 h. t., relativa all'interdetto, in cui si afferma che questo mezzo giuridico era dato « rei restituendae gratia, non poenae nomine », facendo pensare all'esistenza di un altro mezzo giuridico, che fosse dato appunto *poenae nomine.* Ma anche il I editto della l. 1 pr. e tutti i frammenti ad esso relativi si adattano assai più ad una *in integrum restitutio* che ad un'azione penale. Salvo infatti l' *actionem dabo* dell'editto, evidentemente interpolata, nella parte principale del commentario di Ulpiano, come ha osservato benissimo il LENEL, non si parla mai dell' appartenenza di un'azione, ma solo dell'applicabilità dell'editto: le espressioni di cui si serve il giureconsulto sono: « edictum locum habere » « ad hoc

(1) Dottrina esposta largamente dal SOLAZZI, nel volume su la *Revoca* cit. e difesa vigorosamente nella mon. *La revoca nel dir. rom. classico,* cit. (v. note prec.). Cfr. anche lo scritto *Sull'editto de fructu praediorum vendendo locandove*, negli « Studi in onore di V. SCIALOIA », I, pag. 665 e segg. Questa teoria è ora accolta da GIRARD, *Man. élém.*, pag. 436 e segg.

(2) Questa teoria è dovuta al LENEL, che la espose per la prima volta nell'edizione francese dell'*Editto perpetuo,* v. LENEL, *Essai de reconstitution de l' édit perpétuel,* Paris, 1901-1903, II, pag. 177-183; 245-248; vi ritornò nello scritto: *Die Anfechtung von Rechtshandlungen*, in « Festgabe für Schultze ». pag. 1-24; e la completò, difendendola contro la critica del SOLAZZI, nella 2.ª ed. tedesca dell'*Editto perpetuo: Das ed. perp.,* pag. 419-427; 475-481. La dottrina del LENEL è ora accolta da RICCOBONO, *Fontes,* pag. 297, nota 10 e 306 nota *d.*

edictum pertinet » « pertinet edictum ad eos » « cessare hoc edictum », e quando egli parla di un « actio » (come nella l. 6, § 11, 13) non spiega più l'editto, ma risolve casi non contemplati in questo, e precisamente il caso dell' acquirente di buona fede. Ma se l' editto non prometteva un'azione, non poteva evidentemente promettere che una « restitutio in integrum », come si desume dal § 6 de act. Inst. 4, 6, uno dei passi più vessati e di più difficile interpretazione in questa materia. Quanto è poco a posto un'azione, nei frammenti a cui accenniamo, tanto invece è a posto una *restitutio in integrum*. Il mezzo del 1.° editto non spettava che al *curator bonorum*, giacchè le parole « vel ei cui de ea re actionem dare oportebit » furono aggiunte dai compilatori per dare a tutti i creditori il nuovo mezzo giuridico da essi creato: ora è ben logico che la *restitutio*, la quale aveva per iscopo di rimettere le cose in pristino, come se l'atto fraudolento non fosse stato compiuto, e non già di procurare una prestazione, spettasse a tutta la collettività, rappresentata dal curatore e non al creditore singolo. Benchè l'editto promettesse non un'azione, ma una *restitutio*, si capisce però che dalla *restitutio* potesse nascere un'azione, e propriamente un'azione rescissoria, basata sulla restituzione: la *restitutio*, rimettendo le cose in pristino, permette di esercitare come azioni fittizie, « rescissa alienatione vel liberatione », quelle azioni che si sarebbero esercitate se l'atto fraudolento non fosse stato compiuto. Appunto un'azione derivante dalla *restitutio*, e precisamente un'azione *in rem* « rescissa alienatione » è l'azione del § 6 Inst. « ita si quis in fraudem creditorum rem suam alicui tradiderit, bonis eius a creditoribus ex sententia possessis, permittitur ipsis creditoribus, rescissa traditione, eam rem petere, idest dicere eam rem traditam non esse, et ob id in bonis debitoris mansisse ». Questo passo, tolto forse dalle Istituzioni di Marciano, è stato rimaneggiato dai compilatori per adattarlo al diritto vigente giustinianeo: si parla di « traditio » invece che di « mancipatio », di « sententia praesidis » invece che di « sententia praetoris », si sostituiscono i creditori al *curator*, ma, sostanzialmente, si ammette una specie di *rei vindicatio utilis* per i beni fraudolentemente alienati, « rescissa mancipatione », che non può derivare, secondo i concetti del diritto classico, se non da una « in integrum restitutio » (1). Contro questa congettura del Lenel che il mezzo del 1.° editto, così come quello richiamato dal § 6 Inst., sia una « in integrum restitutio » sono state sollevate difficoltà certamente serie, ma non forse insuperabili (2). Si è detto che il mezzo del 1.° editto era concesso anche contro il *fraudator*, e che una « in integrum restitutio » contro il *fraudator* non è concepibile. Ma la necessità di rivolgersi anche contro il *fraudator* esiste, quando i beni fraudolentemente alienati siano rimasti tuttavia in possesso del debitore. Si è detto che una « in integrum restitutio » che faccia acquistare

(1) Cfr. Lenel, *Ed. perp.*, pag. 420 e segg.

(2) Solazzi, *La revoca nel dir rom. classico,* nel « Bull. dell'ist. di dir. rom. », XIV (1902), pag. 127 e segg.; Girard, *Man. élém.*, pag. 439, nota 2, pagina 441 nota 1.

ai creditori la proprietà delle cose alienate, non è possibile, perchè lungi dal rimettere le cose in pristino, essa darebbe ai creditori un diritto, la proprietà, che essi prima non avevano punto. È vero che con la « in integrum restitutio » il creditore otteneva (in caso di alienazione fraudolenta) la restituzione della *rei vindicatio* perduta dal *fraudator*, ch'egli esercitava, come *rei vindicatio utilis*, per acquistare il possesso della cosa alienata; ma questo era un risultato reso necessario dalla inammissibilità della rappresentanza diretta, e che si verificava non solo per la *rei vindicatio*, ma per tutte le azioni, anche personali, spettanti al debitore; il *curator* le esercitava tutte come *azioni utili:* s'intende poi che il pretore limitava l'esercizio del diritto formalmente acquistato, perchè il *curator* se ne servisse al solo scopo per il quale fu concesso, cioè per il soddisfacimento dei creditori. Si è detto, inoltre, che questo sarebbe l'unico caso di *restitutio*, promessa all'infuori del titolo dell'editto: *de in integrum restitutionibus*. Ma è facile osservare che le manchevolezze sistematiche sono troppo frequenti nell'editto perchè possa una nuova deficienza di tal genere costituire un argomento insuperabile. Infine si è detto che la 1. 7 *quae in fraudem* depone contro l'ipotesi di una *integrum restitutio*, perchè essa stabilisce un principio contrario alle regole della *restitutio;* che cioè il compratore sciente della frode deve restituire il fondo senza poter ripetere il prezzo, mentre la *restitutio*, rimettendo le cose *in pristinum*, doveva far riacquistare anche al compratore il prezzo sborsato. Ma si può osservare, che secondo ciò che ci attesta il fr., non si tratta affatto di una disposizione dell'editto, ma solo di una decisione ammessa, per ragioni di equità, da Proculo, e sanzionata da rescritti imperiali: insomma di un principio equitativo sorto posteriormente, da cui non si può argomentare nulla circa la natura del mezzo promesso dall'editto (1).

Stabilito per tal modo che il mezzo dell'editto secondo è l'*interdetto*, e quello dell'editto primo la *in integrum restitutio*, rimane a vedere che cosa sia l'*actio pauliana* della 1. 38, § 4, *de usuris*, D. 22, 1, che dette il nome a tutto l'istituto della revoca del diritto giustinianeo in poi: « In Fabiana quoque actione et Pauliana, per quam, quae in fraudem creditorum alienata sunt, revocantur, fructus quoque restituuntur: nam praetor id agit, ut perinde sint omnia, atque si nihil alienatum esset: quod non est iniquum, nam et verbum restituas, quod in hac re praetor dixit, plenam habet significationem, ut fructus quoque restituuntur ». Il riferimento all'interdetto è chiarissimo. E se pure, come è molto probabile, questo frammento di Paolo (libro sexto ad Plautium), sia stato assai alterato dai compilatori, rimane sempre vero che il testo genuino doveva in qualche modo ricordare l' interdetto, perchè non è molto verosimile, che il riferimento all' interdetto sia stato introdotto di sana pianta dai compilatori, che pure avevano soppresso questo mezzo giuridico e l'avevano trasformato in una azione *in factum*. E poichè Paolo, nel luogo citato,

(1) Cfr. Lenel, op. e loc. cit.

trattava delle azioni personali, si presenta molto probabile la congettura del LENEL, che l'*actio pauliana* della l. 38, sia l'*actio arbitraria ex interdicto*. La quale (e un esempio analogo abbiamo nel giudizio derivante dall'interdetto possessorio, *iudicium cascellianum*) può aver meritato un nome proprio, sia per la sua importanza, sia per alcuna particolarità della formula, che fra l'altro, comprendeva anche i frutti mentre usando un termine generale, l'interdetto parlava di restituzione semplicemente. Fusi, da Giustiniano, tutti i mezzi revocatori del diritto classico in una sola *actio in factum*, è probabile che a questa sia stato dato dai bizantini il nome dell'*actio arbitraria ex interdicto*. Il che spiegherebbe come, mentre nella l. 38 è detta pauliana l'azione personale arbitraria *ex interdicto*, Teofilo, nella sua parafrasi delle istituzioni, chiami pauliana anche l'azione rescissoria reale susseguente alla *restitutio* (1). Contro questa ipotesi si è detto che la l. 38 non si può riferire all'*actio arbitraria ex interdicto*, perchè secondo le ripetute attestazioni delle fonti, mediante l'interdetto si otteneva la restituzione dei soli frutti pendenti al momento dell'alienazione, mentre secondo la l. 38 i frutti si debbono restituire tutti (2). Ma, in verità, nel fr. in esame non c'è nulla di simile: vi si dice soltanto che, malgrado la formulazione generica dell'editto, « fructus quoque restituuntur »: e quanto alla motivazione: nam praeter id agit » et rel., essa, se pure è genuina, non importa punto necessariamente che si debbano restituire anche i frutti del tempo intermedio (3).

11. In conclusione, nel diritto classico, i mezzi principali concessi dal pretore contro gli atti fraudolenti del debitore (oltre, forse, un'azione penale, di cui rimane, nella compilazione giustinianea solo un ricordo), erano l'*interdictum fraudatorium*, probabilmente più antico, ma di portata più ristretta, e la *in integrum restitutio*, più recente, più ampia, applicabile a qualunque specie di diminuzi ne patrimoniale. Ambedue presuppongono un elemento obiettivo, una *diminuzione del patrimonio, da cui sia derivato un danno pei creditori*; e un elemento subiettivo, *consilium fraudis*, ossia la *volontà*, nel debitore e nel terzo, di produrre la diminuzione di patrimonio dannosa pei creditori. Il carattere dannoso della diminuzione di patrimonio posta in essere dal debitore rimane accertata quando la *missio in bona* non vale ad indurre il debitore al pagamento: ciò significa che il patrimonio è insufficiente ai debiti, e che il debitore non paga perchè non *può*, non già perchè non *vuole;* basta perciò il fatto della infruttuosa *possessio bonorum*, e non occorre arrivare fino alla vendita (4). Il *consilium fraudis* si risolve

(1) LENEL, *Edictum perpetuum,* pag. 424.

(2) SOLAZZI, *La revoca nel dir. rom. classico,* pag. 157 e segg.; GIRARD, *Man. élém.,* pag. 439, nota 2.

(3) LENEL, *Ed. perp.,* pag. 479, nota 3.

(4) GRUTZMANN, *Anfechtungsrecht,* pag. 13 e segg.; REINHALT, *Die Anfechtungsklage wegen Verkürzung der Glaubiger*, Winterthür, 1871, pag. 56 e segg.; GIRARD, *Man. élém.,* pag. 438 ed in modo esauriente SOLAZZI, *Revoca,* pag. 29 e segg.; *La revoca nel dir. rom. classico*, pag. 148 e segg., in nota.

nella volontà di diminuire il patrimonio, accompagnato dalla *coscienza* dell'effetto dannoso, ossia dalla coscienza della insolvibilità conseguente alla diminuzione. Per il terzo questa volontà non è necessaria, secondo uno sviluppo ulteriore dovuto alla dottrina, quando si tratta di atti a titolo gratuito, ma basta l'arricchimento, che, provenendo da un delitto, deve ritenersi indebito, di fronte ai creditori che *certant de damno vitando* (1). Quanto al subietto attivo della revoca, bisogna distinguere: l'*interdictum fraudatorium* è dato a tutti i creditori, mentre la *restitutio in integrum* è data al solo curatore (2). Il subbietto passivo è nell'interdetto il terzo partecipe della frode; nella *restitutio in integrum* di regola il terzo, ma, quando la cosa sia rimasta in possesso del debitore, anche il *fraudator* (3). Effetto dei due mezzi è sempre quello di far rientrare nel patrimonio *tutto* il valore uscitone e non semplicemente un valore uguale alla perdita risentita dai creditori sui loro crediti (4). Già questa perdita prima della *bonorum venditio*, da cui sarà determinata la percentuale spettante a ciascuno, non è valutabile, e noi sappiamo che la revoca può essere ottenuta anche prima della vendita. In secondo luogo pei creditori il danno consiste appunto nel fatto che la *missio in possessionem* su un patrimonio insufficiente non basta ad esercitare sulla volontà del debitore una coazione tale da indurlo al pagamento, e perciò non può essere eliminato che con la completa reintegrazione del patrimonio: e infatti ambedue i mezzi processuali adoperati, l'interdetto e la *in integrum restitutio*, tendono per diverse vie allo stesso fine: la reintegrazione del patrimonio del debitore. Tutto ciò è strettamente connesso alla natura dei due rimedi adoperati e al sistema esecutivo del diritto classico. Con la fusione dei due mezzi in una *azione in factum* concessa a ciascun creditore, e con la trasformazione dell'esecuzione in una procedura diretta al soddisfacimento per equivalente, la pauliana del diritto giustinianeo acquistò quella figura ibrida che ancora possiede la revocatoria del diritto moderno, di un'azione tendente bensì alla restituzione di ciò che uscì fraudolentemente dal patrimonio, ma nei limiti della perdita sofferta da ciascun creditore, e quindi, in sostanza, in un'azione di risarcimento, ma in cui ancora rimangono elementi degli antichi rimedi, e specialmente della *restitutio in integrum*.

12. Al diritto romano classico risale la prima apparizione di un istituto giuridico, che trovò poi, nel diritto statutario delle città italiane, le condizioni più favorevoli per uno sviluppo rigoglioso: vogliamo dire il *concordato di maggioranza*. Un vero concordato è infatti il *pactum ut minus solvatur* concluso tra i creditori di una eredità oberata e l'erede. L'erede di una eredità oberata poteva, mediante un patto, convenire coi creditori dell'eredità la riduzione dei debiti ereditari, riduzione che gli

(1) Cfr. Girard, *Man. élém.*, pag. 438–439.

(2) Lenel, *Anf.*, pag. 15; *Edictum perp.*, pag. 422–477.

(3) La spiegazione di questo punto assai dubbio è del Lenel, *Ed. perp.*, pagina 323 (diversamente in *Anf.*, pag. 11 e segg.).

(4) Solazzi, *La revoca*, pag. 165.

veniva consentita, purchè egli adisse l'eredità, se fosse stato *heres voluntarius*, purchè rinunciasse a servirsi del *beneficium abstinendi*, se fosse stato *heres suus et necessarius*, benchè gli fosse reso impossibile il *beneficium separationis*, se fosse stato *heres*, semplicemente *necessarius* (1). Il patto *ut minus solvatur* si deve ricollegare col concetto romano della eredità. Questa, anche nei tempi più recenti, non fu mai un semplice trapasso patrimoniale, ma consistette sempre nell'acquisto di un *titolo personale*, che alla sua volta era condizione necessaria e sufficiente per l'acquisto del patrimonio, per cui l'eredità fu sempre, essenzialmente, una *successio in ius*, e quindi anche nei debiti del defunto (2). Questo concetto permase rigidamente fino all'epoca giustinianea, e solo con l'introduzione del beneficio d'inventario ne furono temperate le conseguenze eccessive. Ora, vigendo il principio della *successio in ius*, l'erede di una eredità oberata non aveva altra via, per sottrarsi alle conseguenze perniciose della *confusio hereditaria*, che quella di *non adire*, o di *astenersi* dall'eredità; ma in tal caso i beni ereditari erano soggetti alla *bonorum venditio* sotto il nome del defunto, che non poteva perciò sfuggire all'infamia. In questa dura alternativa nacque spontaneo il pensiero di un rimedio che permettesse all'erede di assumere tale qualità senza sopportare le conseguenze dannose della *confusio*. Naturale dunque che l'erede venisse a patti coi creditori, per ottenere da questi la riduzione dei debiti del defunto, entro i limiti dell'attivo ereditario, e per poter così assumendo la qualità di erede senza suo danno, risparmiare alla memoria del defunto l'infamia della *bonorum venditio*. Questo patto era pienamente conforme allo spirito del diritto romano, il quale in ogni modo cercava di evitare al defunto l'infamia inerente a quella procedura: basta ricordare l'istituzione del servo erede necessario, mediante la quale era lecito al testatore manomettere il servo istituendolo erede, e sottraendo così, in frode ai creditori, e in eccezione al divieto della *lex Aelia Sentia*, all'attivo ereditario, uno schiavo che poteva costituirne parte cospicua. Probabilmente il patto dovette cominciare con l'essere vincolativo solo per creditori che assentirono al'a riduzione: solo in seguito si stabilì verosimilmente che il patto fosse vincolativo anche per gli assenti e perfino

(1) V. Rocco, *Il concordato del fallimento, e prima del fallimento*, Torino, 1902, pag. 19 e segg.; Ulp., lib. 4, *ad edictum*, 1. 7, *de pactis*, 2, 14 « Si ante aditam hereditatem paciscatur quis cum creditoribus, ut minus solvatur, pactum veliturum es »; Scevola, lib. 32, *digestorum*, fr. 23, *quae in fraudem*, 42, 8. « Primo gradu scripti heredes cum animadverterent bona defuncti vix ad quartam partem aeris alieni sufficere, famae defuncti conservandae gratia ex consensu creditorum auctoritate praesidis provinciae secundum constitutionem ea condicione adierunt hereditatem, ut creditoribus dumtaxat partem praestarent ».

(2) Bonfante, « Bull. dell'istituto di dir. rom. », III, pag. 97 e segg.; VII, pagina 151 e segg.; *La dottrina delle res mancipi*, Roma, 1888, II, pag. 320 e segg; *Dir. rom.*, pag. 438 e segg.; *Ist. di dir. rom.*, § 186 e segg.; Scialoia, « Bull », II, pag. 176; Ferrini, *Pand.*, num. 604 e segg.; Fadda, *Lezioni sul diritto ereditario romano*, Napoli, 1900, I, pag. 27 e segg.

fra i presenti e dissenzienti. In questa forma la l. 7, § 19 *de pactis*, D. 2,14, ci presenta l'istituto « Hodie tamen ita demum pactio hujusmodi creditoribus obest, si convenerint in unum, et communi consensu declaraverint, quota parte debiti contenti sint; si vero dissentiant, tunc praetoris partes necessariae sunt, qui decreto suo sequetur maioris partis voluntatem ». Le condizioni della obbligatorietà del patto consentito dalla maggioranza per la minoranza dissenziente furono disciplinate compiutamente in un rescritto dell'imperatore Marco Aurelio, più volte ricordato dalle fonti (l. 8 e 10 pr., *de pactis*, D., 2, 14). Ma evidentemente il principio, sia della validità del patto consentito da tutti i creditori, sia della validità di quello consentito dalla sola maggioranza e della sua obbligatorietà pei non consenzienti, è anteriore a Marco Aurelio. Infatti: *a*) a quel che dice Ulpiano (fr, 10, pr. h. t.), Marco Aurelio non fece che *dare formam* ad un istituto già noto; *b*) già l'imperatore Antonino Pio aveva disciplinato gli effetti del patto rispetto ai creditori assenti (fr. 10, pr. h. t.); *c*) del patto si occuparono i giureconsulti Vindio, consigliere di Pio e console nel 138 a. C., e Marcello, il quale ne parla nel libro dei *Digesti*, scritto sotto Pio (fr. 7, § 18,4. t) (1).

Il fondamento dell'obbligatorietà del patto pei non assenzienti è il decreto del pretore. Ciò non deve meravigliare quando si consideri la singolare posizione del pretore romano, e i poteri estesissimi che gli spettavano nella confezione della formula, in virtù dei quali egli era posto come intermediario ed arbitro, tra la legislazione vigente e le progressive esigenze della vita sociale.

Del resto, nel caso presente, l'intervento del pretore è ben giustificato, se si pensa, che l'erede rifiutandosi di adire l'eredità, il valore dei crediti, è già, nel fatto, ridotto all'ammontare dell'attivo ereditario e ciascun creditore non può sperare se non il dividendo, che darà la procedura della *bonorum venditio*. Il pretore non fa che constatare questo stato di cose, e determinare in base al voto della maggioranza, il dividendo, che si sarebbe ricavato dalla vendita dei beni: liquidato così anticipatamente il dividendo, la *confusio hereditaria* non produce più effetti dannosi per l'erede, e questi può, senz'altro, adire l'eredità (2).

Tutto ciò dimostra che il principio della *successio in ius* costituisce la condizione d'esistenza del patto. L'introduzione del beneficio d'inventario, per opera di Giustiniano nel 531 (3), paralizzando la *successio in ius*, dovette rendere praticamente inutile il patto *ut minus solvatur*, giacchè l'erede, con la semplice compilazione dell'inventario, e senza il

(1) Papinianus, lib. 10, *Responsorum*, fr. 8 *de pactis*, 2, 14: « Hoc enim ex divi Marci rescripto colligi potest »; Ulp., lib. 4, *ad edictum*; fr. 10 pr., *de pactis*, 2, 14: « Rescriptum autem divi Marci sic loquitur, quasi omnes creditores debeant convenire. Quid ergo si quidam absentes sint ? Num exemplum presentium absentes sequi debeant ? . . . Et repeto, ante formam a divo Marco datam divum Pium rescripsisse et rel ».

(2) Cfr. Rocco, *Concordato*, pag. 21.

(3) Rocco, *Concordato*, pag. 24-25 testo e nota 9.

concorso della volontà dei creditori, poteva ridurre *intra vires* la sua responsabilità per i debiti ereditari, assumendo così senza pericolo, la qualità di erede (1); ed è per un semplice fenomeno di sopravvivenza che questo istituto si trova ancora menzionato nella compilazione giustinianea (2).

13. L'esecuzione personale e anche la esecuzione patrimoniale del diritto classico, col loro carattere di esecuzione diretta a ottenere il soddisfacimento per opera dello stesso debitore o di un terzo interveniente e perciò a mezzo di coazione della volontà, erano per loro natura, procedure rigorose e produttive di effetti che si riflettevano profondamente sulla persona del debitore. Anche la procedura patrimoniale della *bonorum venditio*, con la finzione di morte che importava, e l'apertura della successione a favore del *bonorum emptor*, traeva seco l'*infamia*, con la quale il debitore era posto in una grave condizione di inferiorità morale e giuridica. Si comprende perciò come, con l'ingentilirsi dei costumi, la condizione dei debitori cominciasse ad apparir troppo dura e sorgesse spontanea l'idea di espedienti diretti a escludere appunto gli effetti personali della esecuzione. Ma questi espedienti di necessità vulnerarono il principio essenziale della procedura patrimoniale classica. Essi aprirono pertanto la via alla trasformazione della esecuzione patrimoniale, in quella che essa è anche oggi: una esecuzione diretta al soddisfacimento *per equivalente* sul patrimonio.

Il primo di questi spedienti è la *cessio bonorum*, introdotta, secondo le fonti, da una *lex Julia* (3), la quale, probabilmente, non era una legge speciale, ma un capitolo della legge giudiziaria di Augusto del 737 di Roma (4). Per la *lex Julia* il debitore poteva sfuggire all'esecuzione personale e all'infamia inerente alla *bonorum venditio*, ponendo i suoi beni a disposizione dei creditori (*cessio bonorum*).

La *cessio* poteva essere fatta dal debitore condannato o *confessus in iure* (fr. 8 *de cess. bon.*, 42,3), in sostanza, dal creditore esposto alla esecuzione personale o alla esecuzione patrimoniale della *bonorum venditio* (5);

(1) L. 22 cod., *de iust. et de ad. vel adq. her.*, 6, 30.

(2) Rocco, *Concordato*, pag. 23–24 e 34.

(3) Gaio, III, 78 « qui ex lege Iulia bonis cedunt » l. 4, *qui bonis ced. poss.*, c. 7, 71 « legis Iuliae de bonis cedendis beneficium costitutionibus divorum nostrorum parentum ad provinciam porrectum esse, notum est ». Circa la pretesa derivazione della c. b. dal *iuramento bonae copiae* (v. per es. Vainberg, *Faill.*, pag. 124) v. retro pag. 863, nota 3.

(4) Wlassak, voce *cessio bonorum*, nella « Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft » di Pauly e Wissowa num. 1, il quale osserva che Diocleziano, quando (nella l. 4, *qui bon.*, c. 7, 71) parla di una *lex Julia*, segue l'esempio dei giuristi classici, i quali spesso designano come *lex* una singola disposizione di legge. Cfr. anche Tambour, *Voies d'exécution*, I, pag. 123; Bethmann-Hollweg, *Civilpr.*, II, pag. 687, nota 111; Wlassak, *Römische Processgesetze*, Leipzig, 1888, 1891, I, pag. 93, 173, nota II, pag. 239.

(5) Wlassak, *Cessio bonorum*, num. II. Il fr. 8 (Ulp., 40, 26, *ad edictum*) secondo cui « qui cedit bonis, antequam debitum agnoscat, condemnetur, vel in ius confiteatur, audiri non debet » è interpolato, mediante l'aggiunta delle parole « debitum agnoscat » come fu già riconosciuto da Gotofredo: v. Tambour, *Voie d'exécution*, I, pag. 123–124; Zimmern, *Actions*, pag. 249.

occorreva una dichiarazione fatta in forma solenne, probabilmente davanti al magistrato: solo in seguito fu ritenuta valida anche una dichiarazione stragiudiziale (1).

Con la *cessio* il debitore non perde la proprietà dei beni, nè questa passa ai creditori; ai creditori spetta solo il diritto di promuoverne la vendita (l. 4 C., *qui bonis cedere*, 7, 71). L'immissione in possesso, con il consueto effetto della *custodia* e dell'*observatio*, avveniva forse senza alcun decreto del magistrato: almeno la necessità di una formale *missio in possessionem* in caso di *cessio bonorum*, non è dalle fonti affermata in modo da non lasciare adito a dubbi (2). Che se pure anche in questo caso fosse stato necessaria, essa certo dovette assumere un carattere profondamente diverso dalla *missio* ordinaria. Mentre questa era essenzialmente un mezzo di coazione della volontà, la *missio* susseguente alla cessione dei beni dovette avere piuttosto il carattere di un provvedimento conservativo, diretto a garantire l'integrità del patrimonio nel tempo occorrente per la vendita: e in vero un costringimento della volontà di fronte a un debitore che dichiara la sua impotenza a pagare e pone il suo patrimonio a disposizione dei creditori, appare del tutto fuor di luogo. La cessione produceva anche l'effetto di mutar carattere alla vendita: la successione del *bonorum emptor* non si operava più in virtù di una finzione di morte del debitore, che traeva con sè inevitabilmente una specie di *capitis deminutio* e quindi l'infamia. Essa avveniva per effetto di una dichiarazione di volontà del debitore stesso, il quale non potendo pagare, consentiva che i suoi beni fossero trasmessi ad un altro che pagasse nei limiti dell'attivo. Si operava perciò, tanto nella *missio in possessionem* quanto nella *bonorum venditio*, una profonda trasformazione, di cui gli

(1) Questa evoluzione risulta dalla legge 6, *qui bonis*, c. 7, 71 « In omni cessione bonorum, ex qualibet causa facienda, *scrupolositate priorem legum explosa*, professio sola quaerenda est » (v. anche Cod. Theod., IV, 20, 3). È perciò da ritenere interpolato il fr. attribuito a Marciano, lib. 15, *istitutionum* nella l. 9, *de cess. bonorum*, 42, 3 « Bonis cedi non tantum in iure, sed etiam extra ius potest. Et sufficit et per nuntium vel per espistulam id declarari » (il giureconsulto diceva probabilmente « bonis cedi tantum in iure potest »). V. Tambour, *Voies d'exécution*, I, pag. 125-126; Vainberg, *Faill.*, pag. 127; Seuffert, *Zur Geschichte*, pag. 47; Wassak, *Cessio bonorum*, num. III.

(2) Alla necessità della *missio* dopo la cessione sembra accennare solo Gaio, III, 77, il quale dopo aver detto che si fa luogo alla *venditio bonorum* in diversi casi tra cui è enumerata la cessione dei beni, aggiunge in modo generale: « si vivi bona veneant, *jubet ea praetor per die continuos XXX possideri*, tum proscribi ». V. Tambour, *Voies d'exécution*, I, pag. 126. Ma la deduzione non è affatto sicura, perchè la frase « iubet et rel » puo riferirsi ai casi più frequenti, nei quali la *missio* è necessaria. Nella l. 4, *qui bonis*, c. 7, 71 sembra si accenni al solo diritto di vendere « non tamen creditoribus sua auctoritate dividere haec bona, et iure dominii detinere, sed venditionis remedio, quatenus substantia patitur, indemnitate suae consulere permissum est ». Per la necessità della *missio*: Bethmann-Hollweg, *Civilpr.*, II, pag. 688; Seuffert, *Zur Geschichte*, pag. 48; Wlassak, *Cessio bonorum*, num. III.

autori della riforma non si resero conto, ma che doveva, più tardi, dare i suoi frutti. La *missio* si trasforma da un mezzo di coazione in provvedimento conservativo: la *bonorum venditio* da sostituzione di un titolare nuovo del patrimonio al debitore recalcitrante, in un modo di realizzazione dell'attivo; e tutta la procedura si avvia a diventare da esecuzione diretta al soddisfacimento specifico per opera del debitore, in esecuzione diretta al soddisfacimento per equivalente sul patrimonio.

Il nuovo atteggiamento preso dalla esecuzione susseguente alla *bonorum cessio* spiega i principali benefici che da questa traeva il debitore. Anzitutto la esclusione della esecuzione personale: confessando la sua impotenza a pagare e ponendo il suo patrimonio a disposizione dei creditori, egli rendeva manifestamente inutile l'uso di un mezzo esecutivo, il cui scopo era appunto quello di premere sulla sua volontà per indurlo a pagare (1). In secondo luogo, la esclusione della infamia (2): legata alla finzione di morte, in virtù della quale si operava la successione del *bonorum emptor*, essa doveva venir meno, quando, intervenendo il consenso del debitore, la *bonorum venditio* acquistò un vero carattere di *vendita* dell'attivo, contro pagamento di un prezzo. A questi due benefici se ne aggiungeva un terzo: il debitore non poteva essere assoggettato di nuovo all'esecuzione, pei debiti contratti anteriormente alla *missio bonorum*, se non nel caso che avesse acquistato nuovi beni e questi fossero di una certa importanza; e un quarto, perchè in ogni modo gli era conservato il necessario per campare la vita (*beneficium competentiae*) (3).

Un altro spediente, stabilito mediante un senatoconsulto già dai primi tempi dell'impero, permetteva ai debitori investiti della dignità senatoria di sfuggire all'infamia conseguente alla *bonorum venditio*. Quando fosse

(1) L. 1, *qui bonis*, c. 7. 71: « Qui bonis cesserint, nisi solidum creditor receperit, non sunt liberati, in eo enim tantummodo hoc beneficium podest, ne detrahantur in carcerem » v. ZIMMERN, *Actions*, pag. 242; KELLER-WACH, *Civilpr.*, pagina 445; BETHMANN-HOLLWEG, *Civilpr.*, II, pag. 688; TAMBOUR, *Voies d'exéc.*, I, pagina 126; WLASSAK, *Cessio bonorum*, num. IV.

(2) L. 11, *ex quib. caus.*, c. 2, 12: « debitores qui bonis cesserint, licet ex ea causa bona eorum venierint, infames non fiunt ». In seguito la *cessio bonorum* dovette, almeno nel costume, se non nella legge, essere considerata come una causa di ignominia « Miserabile auxilium » la chiama GIUSTINIANO, nel l. 8, *qui bonis ced. possunt*, c. 7, 71. V. anche NOV. 4, cap. 3. TAMBOUR, *Voies d'exécution*, I, pagina 128.

(3) ULP., lib. 59, *ad edictum*, fr. 4, *de cessione bon.*, 42, 3 « Is qui bonis cessit, si quid postea adquisient, in quantum facere potest convenitur »; ULP., lib. 64, *ad edictum*, fr. 6 h. t. « Quid bonis suis cessit, si modicum, aliquid post bona sua vendita adquisiret, iterum bona eius non veneunt »; MODESTINUS, lib. 2 *pandectarum*; fr 7 h. t. « Si debitoris bona venierint, postulantibus creditoribus permittitur rursum eiusdem debitoris bona distrahi, donec suum consequantur, si tales tamen facultates adquisitae sunt debitori, quibus praetor moveri possit ». Cfr. ZIMMERN, *Actions*, pag. 242-243; BETHMANN-HOLLWEG, *Civilprozess*, II, pag. 689; WLASSAK, *Cessio bonorum*, num. IV; LENEL, *Ed. perp.*, pag. 415.

intervenuto il consenso dei creditori, questo senato consulto permetteva di fermarsi al primo stadio del procedimento, cioè alla *bonorum possessio:* invece di nominare un *magister* incaricato di procedere alla *bonorum venditio* si poteva dar mandato al *curator* stesso, incaricato dell'amministrazione, di vendere i beni al dettaglio (*bonorum distractio*) e di pagare sul prezzo ricavato i creditori. Soppressa così la *bonorum venditio* e la successione a titolo universale del *bonorum emptor,* non si produceva più l'infamia. Ma, anche qui, la modificazione andò ben oltre lo scopo propostosi dalla riforma e trasformò tutto il procedimento. Soppressa la successione a titolo universale, l'esecuzione diventava di necessità una esecuzione diretta al soddisfacimento per equivalente sul patrimonio (1).

14. Ma l'esecuzione diretta al soddisfacimento sul patrimonio, sorta così timidamente, doveva ben presto affermarsi e trionfare. Un passo veramente decisivo e tale da trasformare profondamente tutto il carattere della procedura esecutiva romana, fu fatto con la introduzione della esecuzione speciale: il *pignus in causa iudicati captum.* Questa esecuzione, che Ulpiano designa come una procedura *extra-ordinem* (l. 50, *de evict.*, D., 21, 2), derivò verosimilmente, non già dalla *pignoris capio* delle XII tavole, che pure, all'epoca della sua introduzione, ancora sussisteva (2), ma dall'uso dei poteri amministrativi del pretore, che, al pari di ogni altro magistrato, aveva facoltà di usare mezzi coercitivi per l'esecuzione dei suoi ordini. Tra questi mezzi era appunto l'apprensione di una cosa dell'obbligato (*pignus capere*) (3), che il magistrato poteva trattenere, distruggere o anche vendere. L'espressione *pignus capere* è, invero, qui assunta in un senso generale e non tecnico, e vale in generale apprensione di una cosa a scopo di coercizione (4). L'uso di questo potere a favore del privato creditore originò pertanto l'esecuzione speciale, che dovette anch'essa nascere, al pari dell'esecuzione generale derivante dalla *missio*, come un mezzo di *coazione della volontà.* Segni di questa comune origine e di questo comune carattere rimangono anche nella ultima fase di sviluppo del *pignus in causa iudicati.* Il rescritto di Antonino Pio, che lo accolse e lo disciplinò legislativamente, stabiliva che il *pignus* dovesse essere trattenuto per due mesi (lo stesso termine prescelto per la *bonorum venditio*); solo, trascorso questo termine, se il debitore non avesse pagato, si poteva procedere alla vendita (l. 31, *de re iud.*,

(1) Gaio, lib. 9, *ad edictum provinciale,* fr. 5, *de cur. furioso,* 27, 10. Vedi Zimmern, *Actions*, pag. 250; Keller-Wach, *Civilprozess*, pag. 445-446 testo e nota 1074; Bethmann-Hollweg, *Civilpr.*, II, pag. 690; Tambour, *Voies d'exéc.*, I, pag. 237-238; Vainberg, *Faill.*, pag. 281; Scialoia, *Proc. civ. rom.*, pag. 313.

(2) Fleischmann, *Das pignus in causa iudicati captum*, Breslau, 1896, pagina 8; Wlassak, *Römische Processgesetze*, Leipzig, 1888-1891, I, pag. 254-255, nota 32.

(3) Keller-Wach, *Civilpr.*, pag. 433 testo e nota 1037; Fleischmann, *Pignus*, pag. 8.

(4) Fleischmann, *Pignus*, pag. 61.

D., 42, 1). Ma, sorto, probabilmente, come mezzo di coercizione della volontà, il *pignus in causa iudicati* aprì ben presto l'adito al soddisfacimento per equivalente senza intervento del debitore: la vendita della cosa pignorata, di cui la *bonorum venditio* susseguente alla *missio* offriva un esempio suggestivo, doveva fornire con facilità il mezzo. L'identità del termine stabilito per la *bonorum venditio* e per la vendita del pegno (due mesi) ci attesta l'influenza che la prima esercitò nella configurazione ulteriore del *pignus in causa iudicati*. Ma in questo adattamento l'istituto uscì trasformato; la vendita non fu più una successione a titolo universale condizionata, fu veramente una vendita, trasferimento della proprietà di una cosa contro un corrispettivo in denaro. A questo punto, l'analogia col pegno convenzionale diventava evidente: ed essa è rilevata in un noto rescritto di Caracalla (l. 1, *si in causa* C., 8, 23) « res ob causam iudicati eius iussu, cui ius iubendi fuit, pignoris iure teneri ac distrahi posse, saepe rescriptum est. Nam in vicem iustae obbligationis succedit ex causa contractus auctoritas iubentis ». Ma più stretta ancora diventava l'analogia col *pignus praetorium*, tanto che Giustiniano non dubitò di mettere tutto in un fascio il *pignus in causa iudicati* e il *pignus praetorium*, e di contrapporre questa unica categoria di pegno giudiziale al pegno convenzionale (l. 2, *de praet. pign.*, C., 8, 21): « Veteris iuris dubitationem decidentes, ad duplum genus hypothecarum respeximus, unum quidem, quod ex conventionibus et pactis hominum nascitur, aliud, quod a iudicibus datur, et praetorium nuncupatur ». Tuttavia differenze non lievi distinguevano ancora il *pignus in causa iudicati* dal pegno convenzionale non solo, ma anche dal pegno pretorio (1). Dal pegno convenzionale lo distingueva soprattutto la fonte, dal pegno pretorio soprattutto il suo carattere officioso, per cui l'intiero procedimento, l'apprensione del pegno, la custodia, la vendita, il soddisfacimento del creditore erano nelle mani della pubblica autorità. Ma il concetto di un pegno spettante al creditore sulla cosa soggetta all'esecuzione, che nella procedura della *bonorum venditio* aveva più il valore di una costruzione che di un principio di diritto positivo, appare qui più determinato e preciso. Abbiamo, nel *pignus in causa iudicati*, un vero e proprio *diritto di vendita*, e abbiamo inoltre, come nel pegno convenzionale, un diritto di prelazione a favore del creditore procedente (2).

Il *pignus in causa iudicati* colmava veramente una lacuna del diritto anteriore. La *missio in bona*, procedura di esecuzione generale e universale, era singolarmente adatta a garantire i diritti dei creditori in caso di insolvenza; ma, come procedura in caso di solvenza, si palesava assolutamente inadatta allo scopo. Diretta a vincere l'ostinazione del creditore inadempiente, e a procurare il soddisfacimento del creditore,

(1) Sulla natura del *pignus in causa iudicati* v. Dernburg, *Pfandrecht*, I, pag. 420 *e segg.*; Bethmann-Hollweg, *Civilpr.*, II, pag. 696; Fleischmann, *Pignus*, pag. 62 e segg.

(2) Cfr. Menestrina, *Accessione*, pag. 75.

essa agiva con una forza eccessiva e con mezzi sproporzionati. Là dove sarebbe bastato togliere al debitore uno o più singoli beni, lo spogliava di tutto il patrimonio, rovinandolo economicamente: dove era in giuoco l'interesse di un sol creditore, organizzava un complicato e inutile concorso. Il *pignus in causa iudicati* evitava questi inconvenienti, e provvedeva ottimamente alla realizzazione del credito in caso di insolvenza del debitore (1). Si comprende così come esso sia presto diventato il mezzo normale di esecuzione, come si desume anche dal posto preponderante che esso occupa, in confronto della *missio,* nella compilazione giustinianea.

15. Col *pignus in causa iudicati* era penetrato trionfalmente nel diritto romano il principio che l'esecuzione forzata può essere, anzi deve essere normalmente, soddisfacimento per equivalente sul patrimonio. È ben naturale che questo principio riuscisse a trasformare anche il vecchio istituto della *missio.* L'esempio della procedura senatoria della *distractio bonorum* ne forniva il mezzo. La *bonorum venditio* andò dunque gradualmente in disuso (2), al possesso dei beni seguì invece direttamente la vendita, non più del patrimonio in blocco, ma dei singoli beni (*bonorum distractio*), non più per opera di un apposito *magister,* ma dello stesso *curator* eletto ad amministrare i beni. Abolita la successione a titolo universale, la vendita dei singoli beni acquistò, anche qui, il carattere di una vera vendita: per tal modo i creditori si soddisfano per equivalente sul patrimonio e non attendono più dal debitore o da un suo successore il pagamento. Caduto l'*ordo iudiciorum privatorum,* la *bonorum venditio* scomparve completamente e Giustiniano la ricorda nelle *Istituzioni* come un istituto ormai tramontato (3).

Il sopravvento preso dalla esecuzione speciale non lasciava alla ese cuzione generale così trasformata che una posizione secondaria. La *bonorum distractio* poteva aver luogo soltanto in casi determinati, e precisamente supponeva o la *cessione dei beni* fatta dal debitore, o la concorrenza di più creditori (4), in sostanza un fatto, da cui potesse argomentarsi l'insolvenza del debitore e quindi la insufficienza della ordinaria procedura esecutiva (5). La procedura si apriva o con la *cessio* (6) o con

(1) Callistratus, lib. 2, *cognitionum,* fr. 31, *de re iud.*, 42, 1: « si qui tamen per contumaciam magis, quam quia non possint explicare pecuniam, differant solutionem, pignoribus captis compellendi sunt ad satisfaciendum, ex forma, quam Cassio proconsuli divus Pius in haec verba rescripsit ». V. Zimmern, *Actions*, pagina 253; Girard, *Man. élém.*, pag. 1091.

(2) Zimmern, *Actions,* pag. 251; Tambour, *Voies d'exécution,* I, pag. 235 e seguente.

(3) Inst., III, 12. V. Scialoia, *Proc. civ. rom.*, pag. 314; Keller-Wach, *Civilpr.*, pag. 446 testo e nota 1075.

(4) Teofilo, Par. III, 12; v. Bethmann-Hollweg, *Civilprozess*, II, pag. 672; II, pag. 316.

(5) Scialoia, *Proc. civ. rom.*, pag. 450; Menestrina, *Accessione*, pag. 76; Girard, *Man. élém.*, pag. 1091.

(6) L. 4, *qui bonis ced.*, c. 7, 71: Bethmann-Hollweg, *Civilpr.*, III, pag. 316.

la *missio in possessionem* (1). Per l'una o per l'altra via i creditori acquistavano in comune il possesso dei beni del debitore e il diritto di venderli (2); ma al possesso e al ricavato dalla vendita non erano più ammessi, come nella *missio* del periodo antecedente, tutti i creditori; bensì solo quelli il cui credito fosse stato riconosciuto dal creditore stesso o da una sentenza del magistrato (3). Il possesso e l'amministrazione dei beni non erano più di così breve durata come nella *missio* classica. Il diritto giustinianeo si preoccupava della necessità di aprir l'adito all'intervento di tutti i creditori, e di dar tempo a tutti di far valere le loro pretese, perchè la procedura rimaneva ancora una esecuzione universale, comprendente tutti i creditori (4). Era stabilito pertanto un lungo termine, di due anni per i creditori domiciliati nella stessa provincia (*praesentes*), e di quattro anni per quelli dimoranti in altra provincia (*absentes*), durante i quali era aperto l'adito all'intervento nella procedura (5). Nelle fonti non si parla invece più della pubblicità stabilita nella procedura classica per provocare tale intervento (6). La lunghissima durata del possesso rendeva necessaria la nomina di un amministratore, *curator bonorum*, nominato dal giudice su proposta della maggioranza, e non già direttamente da questa, come era per diritto classico (7). I crediti degli intervenienti dovevano essere accertati in contraddittorio dei creditori immessi; di un contraddittorio del curatore non vi è traccia nelle fonti (8). La vendita del patrimonio non poteva avvenire prima che fosse trascorso il termine stabilito per la dichiarazione dei crediti, ed è da presumere che occorresse attendere il termine più lungo di quattro anni (9), a meno che non si dimostrasse la non esistenza di altri creditori fuori della provincia. La vendita doveva essere autorizzata dal magistrato (10), ed era, non già una *bonorum venditio*, ma una *distractio bonorum*, una vendita al dettaglio, fatta dal curatore, senza ingerenza dell'autorità e senza la formalità del pubblico incanto (11), ma sotto la sorveglianza dei creditori, e con l'ob-

(1) L. 10 pr., *de bonis auct. iud. poss.*, C. 7, 72: « si etiam alii creditores, quibus obnoxius (*sc.* creditor) esse videtur, possint quandam habere communionem in rerum possessione ».

(2) L. 6, *de bonis auct. iud. poss.*, C. 7, 72 « dominii rerum vindicatione, sed possessione bonorum itemque venditione aequali portione pro rata debiti quantitate omnibus creditoribus consuli potest ».

(3) L. 10 pr. h. t. « ut si non omnes huiusmodi debito praetendentes, sed ex his certi ab iudicali sententia in possessionem rerum mittantur ».

(4) L. 10 pr. h. t. « quid enim iustius est, quam omnes, qui ad res debitoris mitti debent, esse participes hujusmodi commoditatis? ». V. anche l. 6 citato.

(5) L. 10 pr. h. t.

(6) Bethmann-Hollweg, *Civilpr.*, III, pag. 320.

(7) Tit. *De curatore bonis dando*, D., 42, 7; Bethmann-Hollweg, *Civilpr.*, III, pag. 319; Scialoia, *Proc. civ. rom.*, pag. 456.

(8) Bethmann-Hollweg, III, 320.

(9) Bethmann-Holweg, III, 321.

(10) L. 10 c. h. t. « ex sententia iudicis res vendiderunt ».

(11) Bethmann-Hollweg, III, pag. 321.

bligo di fare una dichiarazione giurata di avere onestamente condotta la vendita (1). Il prezzo ricavato era dal giudice diviso fra i creditori in proporzione dei loro crediti (2), avuto riguardo ai diritti di preferenza di ciascuno (3). Il residuo era deposto « *in cimeliarchio sanctae ecclesiae* » per soddisfare i creditori, che si presentassero più tardi (4). Quanto ai *diritti reali* dei terzi, se fra i beni del debitore vi erano cose su cui taluno vantava la proprietà o altro diritto reale, poteva sempre essere esercitata la rivendicazione, contro il curatore prima della vendita, contro l'acquirente dopo (5).

Ciò che colpisce in questa procedura è la scarsa ingerenza riservata alla pubblica autorità, tanto più notevole in un ordinamento burocratico come quello dell'Impero bizantino. Mentre lo Stato accresceva, in tutti gli altri campi del processo, la sua ingerenza, e eliminava ogni residuo dell'antico carattere privato della procedura, e mentre, nella stessa procedura esecutiva, accentrava nelle sue mani tutta l'esecuzione ordinaria del *pignus in causa iudicati captium,* manteneva integro e in qualche punto accentuava il carattere privato della esecuzione collettiva (6).

(1) L. 10 c. h.

(2) L. 6 c. h. t. « venditione aequali portione pro rata debiti quantitate omnibus creditoribus consuli potest »; l. 10, § 1 c. h. t. « quia et secundum debita eis satisfieri, explorati iuris est »; l. 6, § 7 *quae in fraud.,* D., 42, 5 « hunc in portionem vocandum exaequandumque ceteris creditoribus »; BETHMANN-HOLLWEG, III, pagina 321-322.

(3) L. 8, *qui bonis,* C. 7, 71 « in rebus autem officio iudicis partiendis suam vim singulis creditoribus habentibus, quam eis legum praestabit regula ».

(4) L. 10, § 1, *de bonis auct. iud. poss.,* C., 7, 72.

(5) L. 1, *de priv. fisci,* C. 7, 73.

(6) Circa l'azione revocatoria nel diritto giustinianeo, v. retro, n. 10 in fine.